

Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española

Volumen IV

Sistema de fuentes, Justicia constitucional
y Organización territorial

DIRECTORES:

ANTONIO PÉREZ MIRAS

GERMÁN M. TERUEL LOZANO

EDOARDO C. RAFFIOTTA

MARIA PIA IADICICCO

COORDINADOR:

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ



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 Ciáurriz 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)

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ
(Coordinador)

VOLUMEN IV

Sistema de fuentes, Justicia constitucional
y Organización territorial



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 IV: SISTEMA DE FUENTES, JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

PARTE 1. SISTEMA DE FUENTES

4.1.1 Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana. <i>Andrea Cardone</i>	25
4.1.2 Leggi in materia costituzionale e leggi organiche. Appunti per la ripresa di un dibattito. <i>Michele Barone</i>	41
4.1.3 Organic laws and the principle of democracy in France and Spain. <i>Boldizsár Szentgáli-Tóth</i>	61
4.1.4 La cláusula de prevalencia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional: ¿criterio para resolver un conflicto normativo? <i>Verónica Yazmín García Morales</i>	77
4.1.5 Legittimazione democratica vs legittimazione funzionale e procedurale del potere normativo: il caso delle linee guida vincolanti dell'Anac. <i>Francesca Polacchini</i>	89
4.1.6 La incidencia de la Constitución en la regulación del sistema español de Derecho internacional privado. <i>José Ignacio Paredes Pérez</i>	105
4.1.7 La jurisprudencia continental y la del <i>common law</i> : ¿un acercamiento? <i>Natalia del Barrio</i>	125

PARTE 2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

4.2.1	Cuarenta años de justicia constitucional en España. Materiales para el estudio de la historia del Tribunal Constitucional. <i>Luis Pomed Sánchez</i>	143
4.2.2	Balance del perfil orgánico del Tribunal Constitucional: análisis crítico y retos para el futuro. <i>Laura Baamonde Gómez</i>	171
4.2.3	Especial trascendencia constitucional y naturaleza del Tribunal Constitucional español (un análisis sobre las reformas de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional). <i>Augusto Aguilar Calahorro</i>	187
4.2.4	Interpretación y eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional. El controvertido caso del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. <i>Isabel Paladini Bracho</i>	211
4.2.5	Algunos aciertos y desaciertos y una ausencia en torno a los incidentes de ejecución de la STC 259/2015. <i>Francisco Ortega Candela</i>	229
4.2.6	La modulazione degli effetti nel tempo da parte della Corte costituzionale: una riflessione alla luce della prassi del <i>Bundesverfassungsgericht</i> . <i>Nannerel Fiano</i>	239
4.2.7	Corte costituzionale e sentenze di accoglimento a retroattività limitata: alla ricerca di un difficile equilibrio tra Stato sociale e sanità dei conti pubblici. <i>Ignazio Spadaro</i>	257
4.2.8	La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità e la tutela integrale dei diritti: <i>ratio</i> , concrete applicazioni e prospettive future. <i>Alice Stevanato</i>	275
4.2.9	Alcune considerazioni sul caso Ilva in tema di bilanciamento. <i>Anna Giurickovic Dato</i>	293

PARTE 3. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

4.3.1	Solidaridad y lealtad como ejes axiales de articulación de las relaciones de colaboración horizontales. <i>M.^a Josefa Ridaura Martínez</i>	309
4.3.2	La «sfida» secessionista e il valore «unificante» della solidarietà territoriale. L'ultima frontiera della protesta populista. <i>Ida Angela Loredana Nicotra</i>	333
4.3.3	El derecho de secesión en el sistema constitucional español. <i>Gaspar González Represa</i>	357
4.3.4	El llamado «hecho regional», óptica comparativa en la Constitución italiana de 1948 y la Constitución española de 1978. <i>María Martínez García</i>	373

4.3.5	Unità nazionale e riconoscimento delle comunità locali nelle costituzioni spagnola e italiana: un percorso comparativo. <i>Alessio Martino</i>	385
4.3.6	L'insegnamento spagnolo? Modelli di regionalismo differenziato a confronto. <i>Simone Neri</i>	397
4.3.7	Il regionalismo differenziato italiano e le recenti iniziative (referendarie e non). <i>Matteo Trapani</i>	411
4.3.8	Una reconsideración de las principales premisas para la reforma del Senado español. <i>Ignacio González García</i>	427
4.3.9	Il Senato delle autonomie territoriali: quale futuro in Italia e in Spagna? <i>Serenella Migliorino</i>	449
4.3.10	Una aproximación en la evolución de la forma de gobierno en las Regiones italianas y en las Comunidades Autónomas españolas. ¿Un nuevo escenario en la democracia representativa? <i>Andrés Iván Dueñas Castrillo</i>	463
4.3.11	De la apertura del sistema de financiación al federalismo fiscal. <i>Adoración Galera Victoria</i>	479
4.3.12	El Estado Social autonómico: configuración constitucional y cambios en el modelo. <i>Silvia Soriano Moreno</i>	493
4.3.13	El área metropolitana como medio para una organización administrativa y una prestación de servicios más eficiente. <i>Luis Miguel García Lozano</i>	509

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 ítalo-español 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 irremediamente 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 IV afronta a lo largo de 29 capítulos tres cuestiones de necesaria determinación constitucional para la ordenación jurídico-política del Estado: Sistema de Fuentes, Justicia Constitucional y Organización Territorial. Las investigaciones que han abordado tales temáticas responden de forma brillante al objeto de esta obra colectiva, pues ofrecen un tratamiento completo de las distintas instituciones afectadas mediante un equilibrado conjunto de balances, análisis de actualidad y proyecciones de futuro. Así, en materia de Fuentes, se analizan desde categorías clásicas (ley orgánica, ley en materia constitucional, bases-desarrollo...) hasta la evolución del papel de la Jurisprudencia, pasando por la producción normativa de nuevas instancias administrativas independientes. Por lo que respecta a la Justicia Constitucional, se aborda tanto la evolución del propio Tribunal y su configuración orgánica y funcional, como cuestiones de relevancia práctica tales como la determinación del alcance temporal y la efectividad de sus resoluciones. Finalmente, la parte dedicada a la Organización Territorial da buena cuenta de la pretensión secesionista y demás tensiones territoriales vigentes, del desarrollo del regionalismo italiano tras la reforma del año 2001, de las reformas institucionales pendientes (v.gr. Senado) y de la proyección social y económica de la descentralización, entre otros aspectos.

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 décadas, 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

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ
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 (IV), suddiviso in 29 lavori, verte su tre questioni determinanti e centrali dei nostri ordinamenti giuridici: il sistema di fonti, la giustizia costituzionale e l'organizzazione territoriale. Gli studi dedicati a tali argomenti perseguono efficacemente lo scopo di questo lavoro complessivo comune, in quanto offrono un'analisi generale e allo stesso tempo specifica dei temi trattati, attraverso un'equilibrata analisi delle prospettive attuali e di quelle future. In particolare, in materia di fonti del diritto, vengono esaminate tanto categorie classiche (legge organica, legge costituzionale...), quanto prospettive evolutive e più controverse, come il ruolo della giurisprudenza, arrivando sino alla produzione normativa di nuove istanze amministrative indipendenti. Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, vengono affrontate sia questioni relative al ruolo e alla composizione delle Corti costituzionali, nonché altri temi anche di più spiccata rilevanza pratica oltre che teorica, come la determinazione dell'efficacia temporale e degli effetti delle decisioni. Infine, nella parte dedicata all'organizzazione territoriale si fornisce un'attenta esposizione delle vicende legate alla pretesa secessionista e ad altre attuali tensioni territoriali; dello sviluppo del regionalismo italiano dopo la riforma costituzionale del 2001; delle riforme istituzionali «in sospenso» (come ad esempio il Senato) e della proiezione sociale ed economica del decentramento.

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

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ
Coordinatore

PARTE 1

SISTEMA DE FUENTES

BREVI NOTE SULLA DEGENERAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI: GLI EFFETTI CONVERGENTI DELLA CRISI DELLA SOVRANITÀ STATALE E DELLA FORMA DI GOVERNO PARLAMENTARE ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA ITALIANA

ANDREA CARDONE*
Università degli Studi di Firenze

1. Una delle più significative linee di ricerca sviluppate dal Seminario Italo-spagnolo di diritto costituzionale, i cui risultati sono stati recentemente esposti in un apposito *panel* del Convegno tenutosi presso l'Università di Murcia tra il 28 e il 30 novembre 2018, dedicato alle «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo», è certamente quella dedicata alle fonti del diritto e alle nuove tendenze nei meccanismi di produzione normativa. Tale tema, infatti, impone di affrontare argomenti di grande rilevanza sia teorica che pratica ed è di prorompente attualità sia nel contesto europeo che nei contesti nazionali.

Data la sede e le esigenze di sinteticità ad essa collegate, ci si limiterà ad alcune brevi considerazioni che prenderanno spunto dai lavori del Seminario, ma che non avranno la pretesa di costituire una sorta di sintesi delle comunicazioni presentate al Convegno di Murcia. Anzi, rispetto ad esse si porranno in maniera dialettica, e per così dire «integrativa», sottolineando un aspetto della

* Il presente scritto tratta l'argomento della crisi delle fonti del diritto prendendo in considerazione i contributi presentati, in particolare, al Panel 6 relativo a «Le fonti del diritto e nuove tendenze», del IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo», organizzato dal Seminario Italo-spagnolo e tenutosi presso l'Università di Murcia tra il 28 e il 30 novembre 2018.

problematica che merita di essere evidenziato proprio a completare il quadro che è emerso nella riflessione collegiale del Seminario.

Si intende fare riferimento allo stato di crisi in cui versa il sistema delle fonti negli ordinamenti pluralisti contemporanei e, in particolare, negli ordinamenti, come quelli italiano e spagnolo, che si ispirano alla tradizione giuridica europeo-continentale. Nella trama delle riflessioni che ci si propone di svolgere troveranno collocazione anche le questioni affrontate nel corso del Convegno. Ciò, nella prospettiva di chi scrive, restituisce una conferma del convincimento, che si coltiva da qualche anno, che l'indagine sulle ragioni e sulle manifestazioni di questa crisi rappresenta il percorso più proficuo per comprendere appieno molte delle dinamiche che contraddistinguono l'evoluzione dei processi di produzione giuridica nel quadro attuale.

Com'è noto, vi è sostanziale concordia in dottrina sul fatto che la crisi del sistema delle fonti è, innanzitutto, la crisi dell'idea che le fonti del diritto disciplinate dalla Costituzione e nel codice civile possano essere considerate qualcosa di autonomo e autosufficiente, tali appunto da costituire un «sistema»¹.

Come altrettanto noto, molti autorevoli studiosi² ritengono che le ragioni di questa crisi del sistema delle fonti siano da ricercare prevalentemente nelle degenerazioni della forma di governo parlamentare. Le poche considerazioni che qui si appuntano vorrebbero, invece, per lo meno in prima battuta, orientarsi in una direzione solo apparentemente diversa, che, come si avrà modo di dire, conduce ad esiti sostanzialmente non difforni da quelli raggiunti da coloro che propongono di leggere «in parallelo» crisi del sistema delle fonti e crisi della forma di governo parlamentare e che, quindi, delinea un percorso in larga parte sovrapponibile a quest'ultimo.

Mi riferisco alla prospettiva, suggerita – come si sottolineerà – dagli approfondimenti emersi nel corso del Convegno, di quanti ricercano le cause della crisi del sistema delle fonti principalmente nelle trasformazioni della sovranità statale. La stessa idea che le fonti costituiscano un sistema, infatti, è considerata ampiamente tributaria dei dogmi della sovranità statale³, di cui sia la Costituzione italiana che quella spagnola si sono nutrite, per quanto entrambe rechino ampie aperture alla dimensione internazionale e sovranazionale e abbiano riconosciuto il pluralismo nella sua versione istituzionale, territoriale

¹ Per tutti, RUGGERI (2012, 64 ss.).

² Per tutti, CHELI (2010).

³ MERKL (1987, 217 ss.).

e sociale, ponendo così le basi per l'ampliamento del catalogo delle fonti ben al di là di quanto previsto dalla Costituzione e dal codice civile.

Per esporre le ragioni di questa prospettiva è necessario premettere che la sovranità che è posta alla base delle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra è qualcosa di molto diverso da quello che la sovranità dello Stato rappresentava nel contesto teorico della modernità giuridica. Essa, infatti, come noto, non si radica nell'idea dell'ordinamento giuridico dello Stato come *superiorem non recognoscens*, ma si alimenta dal convincimento che il circuito della rappresentanza politica sia il principale – se non esclusivo – canale di legittimazione democratica deputato a dare forma e contenuto all'unità politica dello stato.

In questo senso, le Costituzioni europee del secondo dopoguerra sono le Costituzioni della liberaldemocrazia parlamentare, sono le Costituzioni della forma di governo parlamentare, che si fonda sulla rappresentanza politica e sui partiti politici. Per dirla con la dottrina tedesca, sono *Parteienstaatliche Verfassung*. Conseguentemente, quello delle fonti è concepito come un sistema, non nella prospettiva di affermare la chiusura dell'ordinamento costituzionale verso l'esterno, ma per sottolineare che tutte le fonti del diritto devono trarre, direttamente o indirettamente, il loro fattore di legittimazione democratica dal circuito della rappresentanza politica. E ciò perché è ad essa che è affidato il compito di effettuare la sintesi delle volontà particolari nella volontà dello stato e di limitare, tramite il suo frutto più maturo, la legge parlamentare, l'autorità del potere nei confronti della libertà dell'individuo⁴.

2. Questo orizzonte concettuale è presente in maniera molto chiara nella riflessione dottrina del Seminario, dalla quale emerge, a modo di vedere di chi scrive, che la crisi del sistema delle fonti è innanzitutto crisi della liberaldemocrazia parlamentare e dei suoi modi di produzione giuridica imperniati sulla rappresentanza politica. In questo senso, innanzitutto, la tesi di chi, inserendo la propria riflessione nella scia di quella sviluppata in Italia da Paolo Grossi, propone di riprendere la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici di Santi Romano per fondare sull'apertura alla società civile insita nell'istituzionalismo un possibile antidoto alla crisi della sovranità statale e delle sue fonti⁵. Nella stessa direzione si muove anche la riflessione di chi ha mostrato

⁴ Sul modello liberale classico della rappresentanza generale cfr. MADISON (1997, 215 ss.), MILL (1946, 82 ss.), DAHL (2000, 112 ss.), Kelsen (1998, 73 ss.), FRIEDRICH (1950, 375 ss.), per la sua versione di viatico di tendenziale approssimazione all'ideale della democrazia diretta che ha accompagnato tutto il pensiero costituzionale moderno e contemporaneo. Inoltre, per la diversa ma complementare accezione di strumento di integrazione del popolo sovrano, si veda LEIBHOLZ (1989, 109 ss.).

⁵ FARANO (2018) [La sua comunicazione è stata ammessa dal Comitato Scientifico ma per ragioni esterne all'Organizzazione non è stata presentata al congresso].

come il costituzionalismo liberale stia trasformando lo stato costituzionale attraverso la progressiva rimozione del conflitto politico⁶ (ma già in questo senso avevano tonato i moniti di Carl Schmitt) e – verrebbe da aggiungere – attraverso la marginalizzazione delle sedi deputate al raggiungimento del compromesso politico, come i Parlamenti nazionali, e degli strumenti di composizione del conflitto politico, come la legge, che diventa sempre più strumento di governo (meglio, uno degli strumenti) e sempre meno di mediazione dell'indirizzo politico e, conseguentemente, vede ridotta la sua centralità nel sistema delle fonti. Al medesimo orizzonte, ancora, sembra ascrivibile la tesi di chi propone di tornare a riflettere sulla «natura delle cose», se non necessariamente come vera e propria fonte del diritto, per lo meno come criterio di interpretazione⁷.

A ben vedere, la medesima crisi delle istituzioni rappresentative si rinvie alla base della rimodulazione del rapporto tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, di cui – sempre per saldare la riflessione generale ai lavori del Seminario – ha ragionato quella dottrina che ha mostrato molto chiaramente come, al di là di alcuni stereotipi dottrinari, sia in atto una progressiva assimilazione tra *common law* e *civil law*⁸. All'analisi del tema della disarticolazione del rapporto tra produzione del diritto oggettivo e sua applicazione/interpretazione, inoltre, ha contribuito anche la ricostruzione proposta da chi ha evidenziato come sia aumentato in Spagna il peso della funzione consultiva del Consiglio di Stato e dei *Consejos Consultivos autonómicos*⁹.

Nel quadro teorico così sommariamente descritto, trovano collocazione numerose delle questioni nate dalle diverse manifestazioni della crisi del sistema delle fonti. In particolare, due distinte fenomenologie di questa crisi possono essere richiamate in questa sede, perché su di esse si è concentrata la ricerca svolta nell'ambito del Seminario.

La prima riguarda l'attenuazione della dimensione finalistica propria delle singole fonti secondo l'architettura costituzionale delle liberaldemocrazie parlamentari.

Particolare attenzione meritano le leggi di revisione costituzionale, cui la dottrina ha dedicato notevoli sforzi attraverso la ricostruzione di una prassi che mostra come, da un lato, sempre più di frequente si propongono riforme costituzionali per perseguire obiettivi politici che potrebbero essere raggiunti attra-

⁶ ARJONA SÁNCHEZ (2018).

⁷ TARANTINO (2018) [La sua comunicazione è stata ammessa dal Comitato Scientifico ma per ragioni esterne all'Organizzazione non è stata presentata al congresso].

⁸ DEL BARRIO (2018).

⁹ MATEOS Y DE CABO (2018).

verso la legge ordinaria¹⁰, dall'altro, si pongano talora in essere profonde riforme costituzionali in realtà sprovviste di autentica portata innovativa rispetto al regime riformato. Emblematica in questo senso, ad esempio, la vicenda del progetto di Costituzione cubana approvato il 22 luglio scorso, a proposito del quale la dottrina ha parlato di gattopardismo costituzionale¹¹.

Ma lo stesso potrebbe dirsi, ad esempio, per le fonti dell'emergenza, dai decreti-legge alle ordinanze di necessità e urgenza, che hanno subito una vera e propria trasformazione teleologica, che oggi li configura sempre di più come ordinari strumenti di produzione giuridica¹², in maniera del tutto eccentrica rispetto ai capisaldi della liberaldemocrazia parlamentare basata sulla rappresentanza politica e, quindi, sulla centralità della legge formale delle Camere; legge formale che, invece, «indietreggia» quantitativamente e appare connotata da sempre minore originalità.

La seconda manifestazione della crisi del sistema delle fonti cui si intende fare riferimento in questa sede è quella relativa alla tradizionale dimensione della legge come strumento di tutela dei diritti fondamentali. A questo proposito emerge in dottrina in maniera molto netta che una delle principali cause del deficit di effettività dei diritti e delle libertà è rappresentata dalla sempre maggiore difficoltà che la legge incontra nello svolgere quel ruolo di principale strumento di attuazione dei diritti che le viene attribuito dalla Costituzione proprio in ossequio ai postulati della liberaldemocrazia parlamentare di cui si è detto in apertura; difficoltà che, com'è noto, deriva dall'affermarsi del pluralismo e dalla conseguente crisi della rappresentanza politica, che rendono alla legge sempre più complessa l'opera di compromesso e di sintesi necessaria per l'attuazione dei diritti fondamentali e il loro bilanciamento in astratto.

E ciò, per limitarsi all'ordinamento spagnolo, sia in relazione ai diritti ricavati per via interpretativa dalle clausole aperte della Costituzione¹³, sia con riferimento ai diritti espressamente previsti dalla stessa Carta. In particolare, riguardo a questi ultimi, sono state evidenziate le difficoltà derivanti dalla distinzione tra «diritti fondamentali» e «principi che reggono la politica economica e sociale», proponendone il superamento *de iure condendo*¹⁴, così come sono stati messi in luce i problemi che pongono, in sede di attuazione legisla-

¹⁰ Si pensi alla comunicazione di ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (2018) sulle proposte di modifica della Costituzione spagnola in punto di eguaglianza di genere.

¹¹ FRANCO PÉREZ (2018).

¹² Per tutti sui decreti-legge SIMONCINI (2006, 19 ss.), sulle ordinanze, sia consentito rinviare a CARDONE (2011).

¹³ Si pensi al caso del diritto all'acqua di cui ci ha parlato BURGOS GARRIDO (2018).

¹⁴ MONTESINOS PADILLA (2018).

tiva, i concetti di contenuto «indisponibile», «minimo», «addizionale», «assoluto», «essenziale»¹⁵.

3. Come si è avuto modo di accennare in apertura, il percorso di comprensione delle trasformazioni del sistema delle fonti che si sviluppa intorno alla crisi della sovranità statale e, quindi, della rappresentanza politica non conduce ad esiti diversi da quello, apparentemente alternativo, che si dipana lungo la degenerazione della forma di governo parlamentare.

Una significativa coincidenza temporale offre l'occasione per approfondire tale convergenza. Essa è rappresentata dalla circostanza che il quarto Seminario Italospagnolo di diritto costituzionale ha concluso i propri lavori nello stesso anno, il 2018, in cui le Costituzioni italiana e spagnola hanno rispettivamente compiuto i settanta e i quaranta anni di vigenza; 2018, che di un solo anno precede la ricorrenza dei settant'anni della Costituzione federale tedesca. Si tratta, quindi, di una coincidenza che non può non far risaltare la centralità che la forma di governo parlamentare, adottata da tutte e tre queste Costituzioni, ha avuto nello sviluppo del costituzionalismo europeo-continentale del secondo dopoguerra.

Nel caso di una costituzione, l'anniversario è un'occasione per interrogarsi sulla sua attualità, sulle crisi che ha attraversato e che attraversa per rispondere a esigenze e problemi sempre nuovi rispetto al periodo in cui è stata adottata; in sintesi, sulle prestazioni di stabilità che essa ha fornito alla vita civile e politica in un determinato paese¹⁶. Dal punto di vista del diritto costituzionale, ciò significa chiedersi quanto una costituzione è stata rigida e, cioè, quanto ha resistito al cambiamento, sia ai cambiamenti sociali ed economici che a quelli politici; e questo al di là delle norme che ne disciplinano il procedimento di revisione.

Tali cambiamenti, infatti, vanno ben oltre le modifiche formali della costituzione, ovvero le riforme costituzionali e l'esperienza ci insegna – e in questo senso la storia della Costituzione italiana del 1948 è paradigmatica – che le costituzioni cambiano, si trasformano anche senza essere modificate formalmente¹⁷. Ciò accade perché ogni costituzione è molto di più di un insieme di norme gerarchicamente superiori alla legge: è una forma di vita, è – più precisamente – la forma che la convivenza civile e politica tra gli individui assume in un determinato momento storico e in un determinato luogo.

¹⁵ RIQUELME VÁZQUEZ (2018).

¹⁶ CARDONE (2014, 261 ss.).

¹⁷ Come noto, i costituzionalisti americani chiamano questo fenomeno costituzionalismo *free form*: cfr., per tutti, ACKERMAN (1998, 279 ss.; 2007, 1742 ss.) e WOLFE (1986).

Proprio il caso delle trasformazioni subite dalla Costituzione italiana del 1948 si presta a far emergere alcune considerazioni in grado esplicitare il nesso tra crisi del sistema delle fonti e degenerazione della forma di governo parlamentare. Si tratta, con ogni evidenza, di questioni assai note e che richiederebbero ben altra trattazione, ma cui può essere utile accennare in questa sede, ovvero nell'ambito di una pubblicazione destinata alla circolazione tra studiosi non solo italiani.

A tal fine è necessario effettuare due fondamentali premesse storiche. La prima è che essa nasce, come molte delle altre costituzioni del secondo dopoguerra, come una «costituzione compromissoria dello Stato dei partiti»¹⁸. È, cioè, come si usa dire, il frutto del compromesso politico tra le forze politiche che avevano alimentato l'antifascismo e condotto la resistenza all'interno del Comitato di Liberazione Nazionale. È, quindi, innanzitutto, il prodotto storico dell'accordo tra sei partiti politici (Democrazia Cristiana, Democrazia del Lavoro, Partito Comunista, Partito Socialista, Partito d'Azione, Partito Liberale). È conseguentemente corretto affermare che quella italiana è una costituzione tipica della liberaldemocrazia parlamentare, che si esprime essenzialmente attraverso i partiti politici. Per questo appare ugualmente corretto sostenere che la vera scelta di fondo fu quella per la forma di governo parlamentare, che ha portato con sé – secondo l'insegnamento kelseniano – quelle sulla giustizia costituzionale accentrata e sul ruolo «neutrale» del Presidente della Repubblica come ha insegnato Hans Kelsen (1998, 87 ss.).

La seconda premessa è che la Costituzione del 1948 è, per usare una felice espressione di Enzo Cheli (2014), nata per unire. Ad essa, cioè, i Costituenti affidarono primariamente il compito di unificare la nazione che era uscita dall'esperienza del regime e dalla guerra spaccata tra monarchici e repubblicani, tra fascisti e antifascisti, tra Nord e Sud. I due aspetti appena evidenziati devono essere letti insieme perché il senso più alto del compromesso politico raggiunto in Assemblea Costituente fu proprio la sintesi di visioni del mondo tra loro molto diverse, che i partiti politici seppero mediare e comporre per creare quell'unità politica nazionale che ai loro occhi era l'obiettivo principale. Il risultato di quel compromesso fu da molti definito attraverso l'espressione «Costituzione programmatica»: la Costituzione fu intesa come un programma politico di trasformazione della società italiana; programma affidato al legislatore, ossia a quel Parlamento in cui sarebbero state rappresentate quelle stesse forze politiche (con eccezione del Partito Comunista per effetto della *conventio ad excludendum*).

¹⁸ Come evidenza CHESA (2004, 851 ss.).

Rispetto a questo obiettivo, la forma di governo parlamentare voluta dai Costituenti, completata da una legge elettorale di tipo proporzionale, doveva rappresentare il sistema istituzionale ideale per il raggiungimento del compromesso politico tra i partiti di massa per l'attuazione del «programma» contenuto nella prima parte della Costituzione (principi, diritti e doveri). Per le stesse ragioni, quello delle fonti veniva concepito come un sistema imperniato sul ruolo del legislatore.

Negli anni '50 e '60 questo assetto permetteva di realizzare la completa «defascistizzazione» dell'ordinamento, grazie anche alle sentenze della Corte costituzionale, attiva dal 1956, ma non molto di più, a causa del prevalere in Parlamento di orientamenti politici di tipo conservatore (l'esperienza dei governi a guida della Democrazia Cristiana), che temevano che l'attuazione della parte più progressista della Costituzione potesse aumentare i consensi delle forze di sinistra e del Partito Comunista in particolare. Questa fase dell'inattuazione costituzionale, come noto, veniva alimentata anche dalla giurisprudenza (si pensi alla «svolta» del Convegno di Gardone del 1965 dell'Associazione Nazionale Magistrati)¹⁹ e dalla dottrina, che aveva teorizzato la distinzione tra norme programmatiche, che esprimevano un vincolo solo per il legislatore ma che non potevano essere applicate fino a che non fosse intervenuta la legge ad attuarle, e norme precettive, direttamente applicabili dal giudice al caso concreto. Il sistema delle fonti inevitabilmente risentiva di questo clima e stentava a entrare a regime.

Negli anni '70, quando la «rivoluzione» del 1968 aveva dato ai partiti in Parlamento una chiara indicazione riformista, invece, quello stesso sistema produceva la nascita delle Regioni e le grandi riforme economico-sociali, come lo Statuto dei lavoratori, la riforma del diritto di famiglia, l'istituzione del Servizio sanitario nazionale. I meccanismi di produzione normativa del sistema delle fonti non solo operavano in piena aderenza alle premesse della forma di governo parlamentare, ma parevano in grado di innovare qualitativamente il tessuto dell'ordinamento. È la stagione d'oro della Costituzione repubblicana, non solo perché viene attuata nella sua parte più progressista, ma perché le istituzioni che essa aveva disegnato davano la prova migliore di sé.

Negli anni '80, in un quadro caratterizzato dalla proliferazione di «piccoli» partiti politici, dalla frammentazione parlamentare e dalla sempre più evidente crisi della rappresentanza politica, il sistema politico-partitico italiano conosceva poi l'esperienza del c.d. «pentapartitismo», con governi sostenuti dagli stessi cinque partiti, Democrazia Cristiana, Partito Socialista, Partito So-

¹⁹ Su cui vedano le riflessioni di FIORAVANTI (2016).

cialista Democratico, Partito Liberale e Partito Repubblicano, e con Presidente del Consiglio a turno. In tale contesto politico-partitico, l'instabilità degli esecutivi e l'affermarsi di compromessi politici sempre più di basso profilo logoravano la fiducia nel sistema dei partiti. Dilagavano le leggi provvedimentali per la cura di interessi di singoli o di particolari categorie di soggetti e proliferava il ricorso alla decretazione d'urgenza in sostanziale carenza di qualsivoglia eccezionale situazione di necessità e urgenza.

La crisi dei partiti politici che avevano voluto la Costituzione diventava la crisi della Costituzione stessa ma, soprattutto, per quanto qui di più prossimo interesse, innescava la crisi del sistema delle fonti, costruito, come detto, dai Costituenti in funzione della forma di governo parlamentare. Tornava a riecheggiare la feroce critica schmittiana nei confronti dell'astrattezza della legalità parlamentare. Il parlamentarismo dei partiti non era più la sede privilegiata del compromesso politico per riempire l'unità politica italiana dei contenuti della prima parte della Costituzione, ma il simbolo della autoreferenzialità dei partiti, della corruzione e del predominio degli interessi di casta. Non è un caso, allora, che proprio in quegli anni iniziava il dibattito sulle riforme costituzionali, con i primi tentativi falliti di riformare le istituzioni repubblicane, come quello condotto dalla Commissione Bicamerale «Bozzi» nel 1983.

Nel decennio successivo, due grandi novità, spingevano la crisi della Carta fondamentale del 1948 verso una trasformazione «a testo costituzionale invariato». La prima è la stagione di repressione penale (l'inchiesta c.d. «Mani Pulite») legata ai reati di corruzione, concussione e finanziamento illecito dei partiti (la c.d. «Tangentopoli») che colpiva l'intero sistema politico-partitico italiano e, in un solo colpo, spazzava via dal panorama parlamentare tutti i partiti politici che dall'Assemblea Costituente erano stati rappresentati in Parlamento. La seconda è il referendum del 18 aprile del 1993 sulle leggi elettorali di Camera e Senato, che portava il parlamentarismo italiano ad evolversi in senso maggioritario e che traduceva in termini istituzionali il diffuso clima di sfiducia nei confronti del sistema elettorale proporzionale, ritenuto responsabile di aver causato la degenerazione della rappresentanza, la corruzione, l'instabilità e l'inefficacia dei governi, nonché la degenerazione del sistema delle fonti.

Si determinava così una vera e propria trasformazione della forma di governo italiana, che comunemente viene definita attraverso l'espressione di «Seconda Repubblica», per indicare il modo nuovo di funzionare del sistema costituzionale, con partiti nuovi (ad es. Forza Italia, Lega, Alleanza Nazionale, che governano insieme in una coalizione di centro-destra dopo le elezioni del 1994, le prime con il nuovo sistema elettorale) e ispirato alla logica della

democrazia maggioritaria o dell'alternanza, giudicata più rispondente all'esigenza di favorire l'emersione della responsabilità politica dei partiti. Pur in un quadro di così radicale delegittimazione e mutamento delle istituzioni repubblicane, fallivano, però, in questo in periodo anche due ulteriori tentativi di riformare integralmente la Costituzione del 1948, quello condotto dalla Commissione «De Mita-Iotti» nel 1993 e quello della Commissione bicamerale «D'Alema», istituita nel 1997; progetti che, non a caso, proponevano entrambi anche misure di contenimento delle alternazioni del sistema delle fonti²⁰.

Gli anni '90 e i successivi anni 2000 dimostravano, però, che le trasformazioni indotte dal passaggio al maggioritario non erano in grado di curare miracolosamente i problemi delle istituzioni repubblicane, dalla crisi della rappresentanza alla scarsa qualità delle leggi, dalla stabilità del governo all'efficacia della sua azione nell'affrontare i problemi economico-sociali (come quelli verificatesi in seguito alla crisi economica del 2007). Per tale ragione non cessavano i tentativi di riformare organicamente la Costituzione. Nel 2001, come noto, veniva adottata la riforma del Titolo V, Parte II della Costituzione, sulle autonomie territoriali, la più grande riforma della storia repubblicana, che, però, non toccava il cuore della forma di governo parlamentare e non interveniva a porre rimedio alla crisi del sistema delle fonti. Nel caso 2005, invece, come altrettanto noto, veniva approvata dal Parlamento la riforma proposta dal «Governo Berlusconi III», che prevedeva, tra le altre cose, il superamento del bicameralismo perfetto e paritario, nonché, di conseguenza, una configurazione prevalentemente «monocamerale» del procedimento legislativo²¹; riforma che, però, non entrava mai in vigore in quanto ad essa il corpo elettorale negava l'approvazione con il referendum del 25 giugno 2006.

Negli ultimi dieci anni (2010-2018) i termini della crisi che le istituzioni italiane vivono a partire dagli anni Ottanta sono rimasti sostanzialmente immutati. La Corte costituzionale ha per due volte annullato leggi elettorali approvate dal Parlamento (con le sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017) per le modalità con cui disciplinavano l'attribuzione del premio di maggioranza. Il

²⁰ Sulle vicende richiamate cfr. PIZZORUSSO (1995, XXXI ss.) e CIARLO (1999, 257 ss.)

²¹ Alla Camera dei deputati spettava l'esame dei progetti di legge nelle materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, al Senato federale, invece, quelli attinenti alla determinazione dei principi fondamentali nelle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente. Per entrambi i rami del Parlamento permaneva comunque la possibilità di proporre modifiche al progetto di legge: sia in caso di disaccordo tra le due Camere su eventuali modifiche del progetto di legge, sia per far fronte alla possibilità che sorgano conflitti di competenza tra le due Camere erano previsti specifici organi ai cui i Presidenti delle Camere potessero deferire la decisione. Sul versante delle fonti, in tema di decreti legislativi, all'art. 76 Cost. si aggiungeva la previsione del parere delle commissioni parlamentari sui progetti dei decreti legislativi, predisposti dal Governo.

Parlamento nell'aprile 2016 ha, infine, approvato, un'ulteriore «grande riforma», proposta dal «Governo Renzi», che è stata anch'essa bocciata dal corpo elettorale con il referendum del 4 dicembre 2016.

In tale quadro, la crisi del sistema delle fonti si è ulteriormente accentuata attraverso il consolidamento di una serie di prassi la cui compatibilità con la Costituzione repubblicana risulta più che dubbia e che appaiono chiaramente correlate alla parallela degenerazione della forma di governo parlamentare, come l'abuso della decretazione d'urgenza e della questione di fiducia²², i maxi-emendamenti in sede di conversione del decreto-legge²³, la disomogeneità della legge di conversione²⁴, i decreti di natura non regolamentare²⁵, etc. A tali prassi, solo parzialmente, ha posto rimedio la giurisprudenza costituzionale con due importanti sentenze, nn. 22 del 2012 e 32 del 2014, con cui sono state dichiarate illegittime le disposizioni delle leggi di conversione non omogenee ai decreti da convertire, in ragione della loro estraneità ai presupposti di necessità e urgenza stabiliti dall'art. 77 Cost. Queste pronunce si inseriscono nel filone giurisprudenziale inaugurato dalla celebre sentenza n. 360 del 1996, che ha posto fine al fenomeno della reiterazione dei decreti-legge non convertiti, successivamente proseguito con le sentenze nn. 171 del 2007 e 128 del 2008, con cui si è avuta la prima dichiarazione di incostituzionalità per evidente mancanza dei presupposti già richiamati.

4. La, necessariamente sintetica, considerazione delle trasformazioni che hanno interessato il funzionamento del parlamentarismo italiano a partire dalle scelte dei Costituenti mette in luce che la crisi del sistema delle fonti trova puntuale giustificazione nelle evoluzioni del sistema politico-partitico e nei condizionamenti che esso esprime proprio nei confronti della forma di governo parlamentare. E tale giustificazione è pienamente coerente con le conclusioni cui si giunge se, come visto, si muove dalla crisi della sovranità statale. Il percorso di riflessione che si origina dalle trasformazioni di quest'ultima e quello che si sviluppa a partire dalla ricostruzione delle degenerazioni della forma di governo parlamentare, quindi, sono sostanzialmente sovrapponibili e restituiscono la stessa conclusione in punto di crisi del sistema delle fonti, ovvero che tale crisi è strettamente dipendente dalla difficoltà che il meccanismo della rappresentanza politica incontra nel contesto degli ordinamenti pluralistici contemporanei, non più ordinati per classi sociali e animati da individui sempre più monistici nelle proprie istanze e preferenze.

²² *Ex multis* CELOTTO (1997), SIMONCINI (2006) e RIVOSACCHI (2008).

²³ *Ex multis* PISTORIO (2018); DI PORTO (2017).

²⁴ *Ex multis* LUPO (2007).

²⁵ *Ex multis* MOSCARINI (2008); MARCENO (2011).

Infine, può forse valere la pena di mettere in evidenza che la riflessione sulla crisi della rappresentanza politica come punto di convergenza delle ragioni della crisi del sistema delle fonti derivanti sia dalle trasfigurazioni della sovranità statale sia dalle evoluzioni della forma di governo parlamentare permette di ri-problematizzare alcune delle grandi questioni su cui la dottrina italiana ha molto riflettuto negli ultimi anni e che in questa sede si possono solo accennare:

1) quello dell'attualità della Costituzione è un tema di fonti del diritto e segue dinamiche teoriche analoghe a quelle che governano le altre fonti della liberaldemocrazia parlamentare. La storia delle riforme in Italia rischia, in questa prospettiva, di apparire come la storia di un grande equivoco, perché essa ha cercato di correggere le storture delle istituzioni repubblicane come conseguenza della degenerazione dei partiti politici, mentre la crisi della rappresentanza non è «solo» crisi del rappresentante (i partiti politici, appunto), ma anche del rappresentato, ossia del popolo frammentato a causa del pluralismo. Nessuna riforma dei meccanismi della rappresentanza potrà ridare ad essa quella capacità di generare legittimazione democratica che aveva nel contesto dello Stato liberale di diritto, contraddistinto da classi sociali omogenee. Per questo la legittimazione democratica delle istituzioni rappresentative va rinsaldata nel tratto «discendente» del rapporto governanti-governati, nelle forme di emersione della responsabilità politica, non nel sistema elettorale, che della rappresentanza delinea il tratto «ascendente»;

2) non esiste legge elettorale – più o meno *majority assuring* che sia – che possa garantire responsabilità politica e stabilità di governo, e quindi contenere le deformazioni del sistema delle fonti, quando il sistema politico-partitico non è in grado di generarle. Più che tentare di riformare le istituzioni repubblicane, la politica dovrebbe allora cercare di rinnovare sé stessa con norme in grado di garantire una vita interna ai partiti autenticamente democratica, come la disciplina del conflitto di interessi, della parità di genere, della trasparenza del finanziamento, della selezione delle candidature per le elezioni, etc...;

3) il sistema di revisione costituzionale di cui all'art. 138 Cost. è incentrato, come le altre fonti previste dalla Costituzione, sul ruolo del Parlamento, con un referendum costituzionale eventuale e configurato come strumento a tutela delle minoranze. Si deve conseguentemente valutare se le «grandi riforme» del 2006 e del 2016 non siano fallite a causa della mancanza di legittimazione democratica sostanziale dei partiti e del Parlamento (eletto anche con leggi dichiarate incostituzionali), che non sono stati in grado di generare, come

hanno fatto i Costituenti nel 1948, un compromesso in grado di «mantenere unita» l'Italia;

4) rispetto alle prassi incostituzionali in tema di fonti del diritto, l'argine rappresentato dalla giustizia costituzionale ha avuto un ruolo decisivo, ma non sufficiente. Il che porta a osservare, da un lato, che la scelta di fondo fatta in Assemblea Costituente per il modello della liberal-democrazia parlamentare – che comporta, come detto, anche un preciso ruolo delle istituzioni di garanzia – ha resistito alla prova del tempo, alle crisi e alle trasformazioni costituzionali di cui si è detto, ma che, dall'altro, il controllo di costituzionalità non è in grado di «giustiziare» tutte le deformazioni che derivano dalle perdute virtù democratiche della legge, corrotte dall'inesorabile logorio della rappresentanza politica. Per cui ancora una volta a quest'ultima bisognerà guardare, esperimentando ogni tentativo di rivitalizzarla, se si vuole assicurare che il presidio contromaggioritario della giustizia costituzionale continui ad essere efficace.

Come detto, si tratta di questioni di non poco momento, non affrontabili compiutamente in questa sede, ma che le riflessioni accolte nel presente volume certamente contribuiranno ad approfondire.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ACKERMAN, B. (1998), *We The People. Transformations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- (2007), *The living Constitution*, in *Harvard Law Review*, vol. 120.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2018), «El debate sobre la reforma constitucional con perspectiva de género», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- ARJONA SÁNCHEZ, M. J. (2018), «“There is not alternative” o las características del constitucionalismo neoliberal», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- BURGOS GARRIDO, B. (2018), «El Derecho Humano al Agua», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- CARDONE A. (2011), *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli.
- (2014). «“Dimmi quanto è rigida la tua costituzione e ti dirò come intendere il suo procedimento di revisione”». Brevi note sul rapporto tra forma e sostanza nella revisione costituzionale», in Id. (a cura di), *Le proposte di riforma della*

- Costituzione. Seminario fiorentino del 13 febbraio 2014*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CELOTTO E. (1997), *L'«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova.
- CHELI E. (2010), «Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro “sistema”-delle fonti», in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- (2014), *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Il Mulino, Bologna.
- CHESSA O. (2004), «Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralista», in *Diritto Pubblico*, n. 3.
- CIARLO P. (1999), «Parlamento, governo e fonti normative», in *La riforma costituzionale. Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. Roma 6-7 novembre 1998*, Cedam. Padova.
- DAHL R. (2000), *On democracy*, trad. it. C. Paternò, *Sulla democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- DEL BARRIO, N. (2018), «La noción de jurisprudencia continental: ¿acercamiento a la del common law?», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- DI PORTO, V. (2017), «La “problematica prassi” dei maxi-emendamenti e il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Comitato per la legislazione», in Lippolis V.; Lupo N. (a cura di), *Il Parlamento dopo il referendum costituzionale. Il Filangieri, Quaderno 2015-2016*, Jovene, Napoli.
- FARANO, A. (2018), «L'eredità dell'istituzionalismo nello stato costituzionale», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- FIORAVANTI, M. (2016), «Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione», in *Quaderni costituzionali*, n. 1.
- FRANCO PÉREZ A. F. (2018), «Gatopardismo constitucional: el Proyecto de Constitución cubana de 22 de julio de 2018», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italospagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- FRIEDRICH C. J. (1950), *Constitutional Government and Democracy*, trad. it. M. Grego, *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza.
- KELSEN, H. (1998), «Vom Wesen und Wert der Demokratie», trad.it. G. Melloni, «Essenza e valore della democrazia», in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna.
- LEIBHOLZ, G. (1989), *Die Repräsentation in der Demokratie*, trad. it. S. Forti, *La rappresentazione nella democrazia*, Giuffrè, Milano.
- LUPO, N. (2007), «Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario», in Gianfrancesco E.; Lupo N. (a cura di), *Le regole*

- del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma.
- MADISON, J. (1997), *The federalist n. 14*, trad. it. L. Levi, in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *Il Federalista*, il Mulino, Bologna.
- MARCENÒ, V. (2011), «Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non Regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti», in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3.
- MATEOS y DE CABO, O. (2018), «La Función consultiva en España en la actualidad y su proyección en el constitucionalismo moderno», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italo-spagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- MERKL, A. (1987), «Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts», in *Juristische Blätter*, 47, 1918, trad. It. C. Geraci, «Il duplice volto del diritto», in Id., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano.
- MILL, J. S. (1946), *Considerations on representative government*, trad. it. P. Crespi, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Bompiani, Milano.
- MONTESINOS PADILLA, C. (2018), «Argumentos para revitalizar el discurso de los derechos sociales en el contexto de la reforma constitucional. El ejemplo del (malogrado) derecho a la vivienda», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italo-spagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- MOSCARINI, A. (2008), «Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi», in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6.
- PISTORIO, G. (2018), *Maxiemendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- PIZZORUSSO, A. (1996), «Le stagioni della Costituzione. Prefazione al volume conclusivo del “Commentario della Costituzione”», in Branca G. (fondato da), Pizzorosso A. (continuato da), *Commentario della Costituzione. Disposizioni transitorie e finali I-XVIII. Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna.
- RIQUELME VÁZQUEZ, P. (2018), «Las costuras de los derechos», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italo-spagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- RIVOCSECCI, G. (2008), «Fiducia parlamentare», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Utet, Torino.
- RUGGERI, A. (2012), «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?», in Siclari M. (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- SIMONCINI, A. (2006), «L'emergenza infinita. Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione», in Id. (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata.

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

- TARANTINO, G. (2018), «Se la natura delle cose sia oggi fonte del diritto», *Comunicazione al IV Congresso Internazionale «Prospettive del costituzionalismo contemporaneo»*, Seminario Italo-spagnolo, Università di Murcia, 28-30 novembre 2018.
- WOLFE, C. (1986). *The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge made law*, Basic Books, Inc., New York.

LEGGI IN MATERIA COSTITUZIONALE E LEGGI ORGANICHE. APPUNTI PER LA RIPRESA DI UN DIBATTITO

MICHELE BARONE*
Università degli Studi del Molise

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La riserva di legge di assemblea nell'evoluzione/involuzione del contesto. 3. L'interpretazione della locuzione «materia costituzionale» tra questioni «vecchie» e «nuove». 3.1 Leggi *formalmente* o *materialmente* costituzionali? 3.2 Questioni nuove: l'affermazione della «cultura maggioritaria» e la «Riforma organica del Regolamento del Senato». 3.3. Oltre l'interpretazione riduttiva. 4. «Legge organica» e sistema delle fonti del diritto italiano: profili problematici. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. PREMESSA

Le vicende relative al processo di trasformazione della forma di governo in Italia, come in dottrina si è ampiamente sottolineato, sono andate in sostanza nella direzione della progressiva crescita del peso del Governo¹. Tale processo, che ha subito una sensibile accelerazione a partire dalla riforma in senso maggioritario del sistema elettorale del 1993 – ma che trae le proprie origini già dal

* Dottorando di ricerca in «Innovazione e gestione delle risorse pubbliche». Settore scientifico-disciplinare: diritto costituzionale.

¹ Cfr., *ex plurimis*, DELLA MORTE (2016, 133 ss.).

dibattito degli anni ottanta sulle riforme istituzionali² – trova i suoi presupposti teorici in particolar modo nell’affermazione del c.d. «principio maggioritario». In sostanza tale principio, che non possiede invero un’unica accezione³, viene inteso, in questo contesto «evolutivo/involutivo»⁴ della forma di governo, come «principio di rappresentazione» poiché, riferito al momento *elettivo*, «ci dice [...] chi ha da esserci intorno al tavolo dove si decide» (Amato, 1994, 172)⁵. In altre parole, assunto in questo significato, esso diviene principio informatore di una categoria di sistemi elettorali tesi ad assicurare o quantomeno a favorire la formazione nelle Assemblee rappresentative di una maggioranza assoluta, secondo il seguente criterio fondamentale: «eletto è chi ottiene più voti rispetto agli altri candidati, anche se si tratti di una *minoranza* di voti entro il collegio, purché sia la minoranza più alta» (Carlassare, 2008, 1).

Al di là dell’approfondimento analitico, quantomai complesso, del processo di trasformazione della forma di governo, e del suo rapporto con le riforme dei sistemi elettorali susseguitesi nel tempo – su cui la dottrina ha ampiamente riflettuto⁶ – interessa sottolineare in premessa che all’affermazione della tesi della sostanziale funzionalizzazione del momento elettorale alla scelta del Governo piuttosto che dei rappresentanti nelle Assemblee elettive – figlia del principio maggioritario così inteso⁷ – è corrisposta una sensibile trasformazione della stessa cultura giuridica italiana⁸. Questo sembra essere all’origine della persistenza di taluni tratti caratterizzanti la seconda repubblica che, nonostante la battuta d’arresto della c.d. «transizione»⁹, si pongono tutt’ora come ostacoli alla possibilità di un eventuale «cambio di passo».

² È infatti già dalla «Commissione Bozzi» per le riforme istituzionali, istituita nel 1983, nonché dalle riforme dei regolamenti parlamentari degli anni '80 che si pongono le premesse per il rafforzamento del ruolo del governo (in tal senso DE FIORES, 2004; sul punto, cfr. CARETTI, 2008, 3 ss.).

³ Cfr. RUFFINI (1976), AMATO (1994), CARLASSARE (2008), RUSSO (1998), CARETTI (2008).

⁴ Cfr. DELLA MORTE, 2016, 134.

⁵ Invece, «come principio funzionale ci dice chi, a quel tavolo, è essenziale che concorra alla decisione perché questa si ritenga formata» (AMATO, 1994, 172).

⁶ Sulla problematica relativa all’affermarsi della c.d. «democrazia maggioritaria» cfr., *ex plurimis*, CHESSA (2004), BARTOLE (2001). In particolare, pone in luce le ricadute delle trasformazioni della forma di governo sulla stessa forma di stato CARLASSARE (2008). Quanto ai rapporti di influenza tra sistemi elettorali e forma di governo cfr. da ultimo ID. (2018, 27 ss.).

⁷ Cfr. CARLASSARE (2008, *passim*).

⁸ «Il maggioritario, come cultura complessiva caratterizzante un sistema politico, ha operato significative trasformazioni nella cultura giuridica italiana»: così DELLA MORTE (2017, 108). Cfr. altresì DE FIORES (2004).

⁹ Dovuta, in particolare, a eventi quali la bocciatura da parte del corpo elettorale della riforma costituzionale «Renzi-Boschi», avvenuta il 4 dicembre 2016, e le parziali dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle leggi elettorali nn. 270 del 2005 e 52 del 2015 ad opera, rispettivamente, delle sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017.

2. LA RISERVA DI LEGGE DI ASSEMBLEA NELL'EVOLUZIONE/ INVOLUZIONE DEL CONTESTO

Tra questi si colloca la de-strutturazione del sistema delle fonti del diritto, la cui correlazione con l'espansione del ruolo del Governo – e il contestuale arretramento del Parlamento – nel processo di produzione normativa è stata, ancora una volta, oggetto di ampia e approfondita analisi da parte della dottrina¹⁰. Un fenomeno che non sembra affatto recessivo: si pensi, solo per citare un esempio, alle forzature¹¹ che si sono verificate in occasione dell'approvazione della legge di bilancio, 2019.

Ebbene, appare utile in tale contesto ripercorrere i termini di una riflessione intorno a cui, in un tempo ormai risalente, la dottrina aveva sviluppato un interessante e approfondito dibattito che aveva ad oggetto l'istituto della «riserva di legge di assemblea» (art. 72, u.c., Cost.), la quale sancisce i limiti al ricorso al procedimento decentrato di cui al precedente comma 3¹², imponendo in taluni casi l'utilizzo della procedura normale di cui al comma 1¹³. In particolare, ad aver attirato la maggior attenzione della dottrina fu la locuzione 'materia costituzionale'. Gli studiosi si divisero intorno a quello che aveva rappresentato sin dal primo momento un grave problema interpretativo: con tale locuzione si fa riferimento alle leggi *formalmente* costituzionali ex art. 138 Cost. (come sarebbe poi stato sostenuto anche dalla giurisprudenza costituzionale), ovvero viene indicata una particolare categoria di leggi *formalmente* ordinarie ma *materialmente* costituzionali¹⁴? All'esito di questo dibattito si è affermata la prima tesi, che sembra

¹⁰ *Ex plurimis* MARTINES, SILVESTRI (2011, 19 ss.); RUGGERI (2010); LUPO (2013); DELLA MORTE (2016). Quanto, in particolare, alla problematica dell'abuso del decreto-legge, cfr. *ex plurimis* CELOTTO (1997, spec. 240 ss.); CHINNI (2014, 151 ss.); SORRENTINO (2009, spec. 198 ss.); CARLASSARE (2003, 1242).

¹¹ È la stessa Corte costituzionale ad utilizzare questo termine nell'ord. n. 17 del 2019 (nella quale, ad ogni modo, viene dichiarato inammissibile il conflitto d'attribuzioni sollevato da 37 senatori del gruppo PD: cfr. i commenti, di diverso tenore, di SORRENTINO, 2019 e LUPO, 2019).

¹² È fatto divieto di utilizzo del procedimento decentrato «per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi» (art. 72, u.c.). La letteratura in merito al procedimento decentrato ed ai relativi limiti è estremamente vasta: si vedano, *ex plurimis*, ELIA (1960, 1961); ESPOSITO (1958, 1962); MORTATI (1962); CRISAFULLI (1960); BISCARETTI DI RUFFIA (1976); MAZZIOTTI DI CELSO (1963); TRAVERSA (1989); CERVATI (1985); CICCONE (1972); PASSAGLIA (2006).

¹³ In virtù del quale l'esame di un disegno di legge da parte della Commissione competente è solo la prima fase del procedimento che conduce al momento deliberativo, essendo l'Assemblea plenaria – dopo averlo a sua volta esaminato – l'organo competente ad approvare o respingere il disegno di legge presentato.

¹⁴ Questo problema appare cruciale, in quanto dall'adesione all'una o all'altra tesi deriva la maggiore o minore ampiezza del significato della formula in questione, e dunque anche dell'*obbligo inderogabile* di utilizzo della procedura di cui all'art. 72, comma 1.

ormai un dato saldamente acquisito¹⁵. Pare di poter dire, tuttavia, che il dibattito si è sopito non tanto per la debolezza delle ragioni della seconda tesi, quanto perché nel contesto in cui lo stesso si collocava, le *conseguenze pratiche* della prevalenza di quest'ultima sarebbero state in certa misura limitate rispetto a quelle che potrebbero configurarsi oggi¹⁶. In effetti, l'espansione del ruolo normativo del Governo, a cui si è poc'anzi accennato, pone rispetto ad allora il problema in un'altra prospettiva: quale dimensione possiede l'ambito di *doverosità* dell'utilizzo della procedura 'normale'¹⁷, alla luce del fatto che esso si pone non più soltanto come limite *inderogabile* all'utilizzo della procedura decentrata, ma anche, ed oggi soprattutto, dei poteri normativi del Governo¹⁸? In effetti, la dottrina per lo più descrive la riserva di legge di assemblea unicamente come limite alla competenza delle Commissioni legislative (o deliberanti)¹⁹; e tuttavia, alla luce del contesto attuale una ricostruzione di questo tipo sarebbe probabilmente da considerarsi riduttiva, avendo le mutate condizioni sistemiche provocato la progressiva decrescita dell'utilizzo del procedimento decentrato²⁰ e la contestuale espansione del ruolo del Governo nel processo di produzione normativa. Sembra, allora, assumere un rinnovato rilievo, rispetto al passato, la riflessione sull'opportunità di un ripensamento della tesi sinora prevalsa.

3. L'INTERPRETAZIONE DELLA LOCUZIONE 'MATERIA COSTITUZIONALE', TRA QUESTIONI «VECCHIE» E «NUOVE»

3.1 Leggi formalmente o materialmente costituzionali?

Orbene, occorre anzitutto ripercorrere i termini del dibattito: a tal fine risulta utile partire dalla posizione della Corte costituzionale che, a far data dalla

¹⁵ Molti autori, infatti, nel trattare l'argomento della riserva di legge di assemblea, non accennano proprio al dibattito, esponendo direttamente la tesi prevalsa (così, ad esempio, GIANNITI, LUPO, 2018, 270).

¹⁶ Per tale motivo e stante la presa d'atto che, sviscerati gli argomenti in favore dell'una e dell'altra tesi, seguitava a sussistere la divisione della dottrina, non stupisce che col passare del tempo l'attenzione intorno al tema si sia progressivamente affievolita.

¹⁷ Come viene definita dall'art. 72 u.c. quella di cui al comma 1 dell'articolo medesimo.

¹⁸ Poiché, infatti, all'epoca del dibattito non si era ancora sviluppato il fenomeno dell'espansione dell'uso dei poteri normativi del Governo, le conseguenze pratiche della prevalenza di un'interpretazione estensiva della locuzione 'materia costituzionale' si sarebbero di fatto limitate al ridimensionamento del ruolo delle sole commissioni legislative. Sull'opportunità di considerare estesi anche alla delegazione legislativa i divieti riguardanti l'utilizzo del procedimento decentrato cfr. CERVATI (1985, 161), PASSAGLIA (2006, 1397), TRAVERSA (1989, 44). Considera tali divieti applicabili anche decreti-legge SORRENTINO (2009, 210 ss.).

¹⁹ Cfr., *ex plurimis*, BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 604).

²⁰ Di cui, durante la prima repubblica, si era fatto largo uso (cfr. PASSAGLIA, 2006, 1394. In tema cfr. altresì TARLI BARBIERI, 2016, *passim*; GIANNITI, LUPO, 2018, 273, nonché v. *amplius infra*).

sentenza n. 168 del 1963, è rimasta invariata²¹. A fondamento della tesi dell'identità di significato da attribuirsi alle formule «disegni di legge in materia costituzionale» e «leggi di revisione della Costituzione e altre leggi costituzionali» e del conseguente rigetto della q.l.c., la Corte ha addotto principalmente tre argomentazioni. La prima riguarda la «scarsa importanza della diversità di formulazione»²²: queste sono le parole con cui il primo argomento viene laconicamente esaurito. In secondo luogo, ad avviso della Corte, la circostanza che, ad accogliere la tesi dalla medesima avallata, bisognerebbe conseguentemente concludere che l'art. 72 u.c. altro non sia – limitatamente all'indicazione dei disegni di legge in materia costituzionale – che una ripetizione di quanto già sancito dall'art. 138, non rappresenterebbe una ragione in grado di contraddire la tesi stessa: la ripetizione non sarebbe, infatti, da considerarsi *inutile*, in quanto le due disposizioni, pur riferendosi allo stesso oggetto, svolgerebbero *funzioni diverse*²³. In terzo luogo viene sottolineato come la menzione congiunta della «materia costituzionale» e di quella «elettorale» («disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale») non proverebbe il significato sostanziale e non formale della prima parte della locuzione, sulla base della considerazione che sarebbe dubbia la natura costituzionale della materia elettorale: quest'ultima, dunque, non sarebbe idonea a costituire la prova che l'espressione «materia costituzionale» veicoli un significato non corrispondente alla categoria di fonte di produzione contemplata dall'art. 138 Cost.

La parte della dottrina, precedente e successiva a tale storica pronuncia, che ha sostenuto la tesi dell'identità di significato delle espressioni in parola – attraverso argomentazioni sostanzialmente in linea con quelle della Corte – ha ulteriormente precisato che la non ridondanza della menzione delle leggi formalmente costituzionali da parte dell'art. 72 deriverebbe anche dal fatto che in realtà nella formulazione dell'art. 138 sarebbe insito il divieto di utilizzo della procedura decentrata per *la sola* seconda lettura: l'art. 72 avrebbe, invece, la

²¹ Com'è noto, la questione verteva intorno alla legittimità costituzionale dell'utilizzo del procedimento decentrato per l'approvazione della legge n. 195 del 1958, avente ad oggetto la disciplina di un organo, il Consiglio Superiore della Magistratura, di 'rilievo costituzionale' e in quanto tale, ad avviso del rimettente, rientrante nell'ambito della 'materia costituzionale' di cui all'art. 72 u.c. Cost.

²² Punto 2 del Considerato in diritto.

²³ «Pur ammettendo, infatti, che le disposizioni si riferiscano, come la Corte ritiene, allo stesso oggetto, ciò non toglie che ad esse, nell'ambito del sistema, debba attribuirsi una propria funzione: alla prima (cioè quella dell'art. 72), perché compresa nelle norme dettate, in via generale, per la formazione di tutte le leggi, mediante l'approvazione con la procedura ordinaria, abbreviata o decentrata, salvo, riguardo a quest'ultima, le eccezioni espressamente previste; alle altre (quelle dell'art. 138), perché concernenti, in particolare, le garanzie che circondano le leggi costituzionali, mediante la seconda lettura, con l'intervallo non minore di tre mesi, l'approvazione con la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera e la possibilità del referendum»

funzione di vietarla anche in relazione alla prima²⁴. Inoltre, come ulteriore argomentazione a sostegno della tesi, si è sottolineata l'estrema difficoltà (se non la vera e propria impossibilità) di pervenire ad una precisa delimitazione della categoria delle leggi in materia costituzionale, onde l'inopportunità di qualsiasi tentativo ricostruttivo che vada oltre l'interpretazione strettamente formalistica fatta propria dalla Corte²⁵.

A tali argomenti può replicarsi quanto segue. In relazione alla questione dell'utilizzo di una diversa terminologia da parte degli artt. 72 e 138 Cost., in dottrina è stato sottolineato come sarebbe inverosimile postularne la non intenzionalità, essendo state le disposizioni ripetutamente esaminate prima durante la fase della stesura del progetto originario da parte della «Commissione dei 75», poi durante quella del coordinamento dell'intero testo ad opera del «Comitato dei 18» (il quale, prima dell'approvazione definitiva da parte dell'Assemblea Costituente, operò numerose revisioni del testo)²⁶. Sarebbe, dunque, credibile ritenere che dall'utilizzo deliberato di un lessico differente derivi logicamente una diversità di contenuto²⁷. Inoltre, al di là del problema, posto in evidenza dalla Corte, della riconducibilità della materia

²⁴ In tal senso, BARILE, DE SIERVO (1969, 20); CICCONE (1972, 46); TRAVERSA (1989, 43).

²⁵ Tale argomento è riportato da CERVATI (1985, 164) e sembra verosimile immaginare che proprio questo abbia contribuito in maniera significativa all'affermazione della tesi avallata dalla Corte: la prevalenza dell'opposta tesi avrebbe aperto (e, qualora venisse rivalutata, *aprirebbe*) l'altro ingente problema del preciso chiarimento dei confini di tale categoria «differenziata» di leggi ordinarie. E tuttavia, come è stato opportunamente osservato (MAZZIOTTI DI CELSO, 1963, 1651), questa non potrebbe rappresentare una ragione decisiva, «tanto più in un ordinamento, come il nostro, nel quale esiste una giurisdizione costituzionale, fra i cui compiti rientra certamente la determinazione, attraverso la giurisprudenza, di categorie concettuali come quella di cui si tratta». In effetti, la difficoltà di tale operazione ermeneutica non sembra appartenere ad un ordine di grandezza sensibilmente diverso rispetto a quella caratterizzante, ad esempio, l'individuazione dei «principi supremi» della Costituzione che, sulla base della storica sentenza della Corte, n. 1146 del 1988, risultano sottratti al potere di revisione (per argomentazioni affini cfr. anche BISCARETTI DI RUFFIA, 1976, 606).

²⁶ BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 600).

²⁷ D'altronde il riferimento alla *materia* costituzionale da parte della Costituzione non rappresenta un inedito nella storia italiana. Ed infatti, in virtù dell'art. 3 del D. Lgs. Lgt. n. 48 del 1946, «durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione il potere legislativo resta[va] delegato, salva la materia costituzionale, al Governo, ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea». Appare chiaro che, nel periodo di attività dell'Assemblea Costituente, la competenza della stessa non scaturisse dalla scelta di un determinato *procedimento* (e dunque di una categoria *formale* di fonte del diritto, secondo uno schema analogo a quello disegnato da quanti sostengono che la funzione dell'art. 72 u.c. sia quella di sancire, in caso di scelta del procedimento di cui all'art. 138, la competenza esclusiva dell'Assemblea – dopo averli opportunamente esaminati – ad approvare tali disegni di legge), bensì dall'attribuzione (arbitraria o vincolata che fosse – cfr. a tal proposito le diverse posizioni di GUARINO, 1948, spec. 41 ss. ed ESPOSITO, 1962, 201 s., nota 22) ad una *materia* di una *qualità*, di una *valenza* costituzionale. Si rinvengono, inoltre, affini riferimenti alle materie di tale valenza negli artt. 12 della legge n. 2693 del 1928 e 15 della legge n. 129 del 1939 (in quest'ultima, peraltro, proprio allo scopo di stabilire i limiti *materiali* – che nel regime, tuttavia, assumevano tutt'altra portata e significato rispetto ad oggi – alla competenza delle commissioni deliberanti, con la stessa legge istituite). Sembra dunque presumibile

elettorale all'ambito della (a sua volta problematicamente definibile) materia costituzionale²⁸, appare chiaro che la locuzione «materia elettorale» non richiami una categoria formale di leggi, bensì un particolare *contenuto*²⁹. In virtù di ciò, ove si accogliesse la tesi della Corte, bisognerebbe giungere alla dubitabile conclusione che, alla luce della lettera della disposizione, uno stesso sostantivo – «materia» – sia contestualmente veicolo di due diversi (e forse opposti) significati: l'uno *formale* – quando è posto in relazione con l'aggettivo «costituzionale» – l'altro *sostanziale* – quando è posto in relazione con l'aggettivo «elettorale»³⁰.

Quanto, invece, alla rilevata diversità delle funzioni svolte dagli artt. 72 e 138 Cost., onde la tesi della non ridondanza del primo, è possibile anzitutto dire che pare poco persuasiva l'idea che la diversità di funzioni consista nel fatto che il divieto di utilizzo della procedura decentrata per la prima deliberazione derivi dalla statuizione dell'art. 72 e non sia già insito nell'art. 138. Decisiva, in tal senso, sembra la considerazione che il procedimento di revisione costituzionale, «risolvendosi in una duplicazione di manifestazioni di volontà sullo stesso testo, presuppone che queste emanino da un medesimo organo; e nessuno vorrà sostenere che commissione e assemblea siano fra loro equiparabili sotto l'aspetto dell'identità di composizione» (Mortati, 1969, 1123, nota 2)³¹. Non sembra invece criticabile in egual misura la ricostruzione³² della diversità di funzioni operata dalla Corte. E tuttavia, se è vero che essa risulta plausibile, non lo è altrettanto che sia anche persuasiva, poiché sembra vengano fornite a sostegno della tesi argomentazioni idonee soltanto a non escluderla. È questo probabilmente il maggior elemento di debolezza del complessivo percorso argomentativo della Corte; la quale tuttavia, significativamente, soggiunge che l'utilizzo della procedura decentrata deve essere compiuto «ovviamente con quelle cautele rispondenti all'esigenza che l'atto legislativo sia, per quanto possibile, sottoposto all'esame dell'Assemblea, con la pubblicità che il regolamento stabilisce». Ebbene

che nella Costituzione repubblicana tale formula assuma il medesimo significato (in tal senso, cfr. ESPOSITO, 1962, 201, nota 22; BISCARETTI DI RUFFIA, 1976, 606).

²⁸ Su cui pure la dottrina si è interrogata: BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 601).

²⁹ «[...] non esistono *leggi elettorali* formalmente distinte dalle altre, ma solo leggi ordinarie che trattano materia elettorale», BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 601).

³⁰ BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 600 ss.).

³¹ La conclusione accolta nel testo sembra peraltro confermata dalla circostanza che il termine «Camera» sia sempre adoperato dalla Costituzione nel significato di «Assemblea plenaria» (chiaramente in contrapposizione, nell'art. 72, con il sostantivo «commissione» – cfr. MAZZIOTTI DI CELSO, 1963, 1649 s.); parrebbe allora opportuno considerarlo utilizzato nella medesima accezione anche nel caso dell'art. 138 (il quale fa esclusivo riferimento, appunto, alle «Camere»).

³² *Supra* riportata (v. spec. nota 23).

può intravedersi in queste ultime parole quantomeno un monito affinché la concreta realizzazione del modello del procedimento decentrato non ecceda rispetto alla *ratio* in virtù della quale è stato concepito?

Giova a tal punto ricordare, com'è stato opportunamente rilevato, che la ragion d'essere della previsione di tale istituto da parte della Costituzione repubblicana, in antitesi rispetto alla *ratio* ad essa sottesa durante il regime³³, risieda nell'intento di creare condizioni di sistema in grado di *disincentivare* l'uso ampio dei poteri normativi del Governo che era stato proprio fra i principali tratti distintivi del ventennio fascista³⁴. In tale ottica, l'attribuzione del potere di approvazione delle leggi anche ad organi che, pur non offrendo le medesime tutele di matrice garantistica delle Assemblee plenarie³⁵, sono in grado di offrirne in misura maggiore rispetto al Governo³⁶ e allo stesso tempo di assicurare un'efficienza nei lavori ed una specializzazione per materia superiori rispetto alle Assemblee, rappresenta uno strumento atto a disincentivare (o quantomeno a non incentivare) la frequente emanazione di atti normativi da parte del Governo, ed in grado, così, di contribuire

³³ Ed infatti, nell'ambito dello Stato fascista, l'innovazione costituita dall'attribuzione, da parte della legge n. 129 del 1939 (istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni) di poteri legislativi alle Commissioni aveva «nel quadro di un regime a partito unico [...] un significato prevalentemente tecnico e tale da non incidere sulla dinamica costituzionale» (ELIA, 1960, 896), mentre con l'avvento della nuova Costituzione la conferma di tali poteri in capo alle Commissioni ha assunto un valore eminentemente *politico*, essendo finalizzata ad incidere, in senso democratico, sul concreto assetto della forma di governo. Non si è trattato, in altre parole, di introdurre un istituto nuovo, prima non conosciuto, «bensì di regolare in modo compatibile con i principi nuovi uno strumento largamente utilizzato nell'ordinamento precedente» (CARLASSARE, 2003, 1238). La grande differenza del significato profondo tra l'istituzione delle commissioni deliberanti in epoca fascista e in epoca repubblicana emerge anzitutto dalle mutate condizioni di regime: sembra evidente come in un sistema totalmente illiberale poco conti che la funzione legislativa sia esercitata in prevalenza da un consesso più ampio, l'Assemblea plenaria, ovvero da uno più ristretto, la Commissione, se entrambi agiscono sotto lo stretto controllo del tiranno; in regime democratico, viceversa, è di fondamentale importanza e di estrema delicatezza la puntuale disciplina dei rapporti tra gli organi, in relazione alla piena attuazione del principio democratico stesso (cfr. ELIA, 1961, 73, nota 73-77). In secondo luogo, la profonda differenza può evincersi dalla rinnovata struttura dell'istituto stesso. L'art. 16 della legge in parola stabiliva, infatti, un'amplissima e *inderogabile* competenza *esclusiva* – di tipo *residuale* – in favore delle Commissioni deliberanti, mentre riservava all'Assemblea plenaria una competenza *derogabile* – sol che lo volesse il Duce, valutando discrezionalmente l'urgenza della disciplina da adottare – nelle materie indicate dall'art. 15 (ossia «i disegni di legge di carattere costituzionale, giusta l'articolo 12 della legge 9 dicembre 1928-VII, n. 2693; quelli indicati nell'ultimo comma dell'art. 1 della legge 31 gennaio 1926-IV, n. 100; le deleghe legislative di carattere generale, i progetti di bilancio ed i rendiconti consuntivi dello Stato e delle Aziende autonome di Stato e degli Enti amministrativi di qualsiasi natura, di importanza nazionale, sovvenuti direttamente o indirettamente dal bilancio dello Stato); ben diversa, invece, risulta la disciplina *ex art. 72 Cost.*, per la quale v. le pagine che seguono.

³⁴ ELIA (1961, *passim*).

³⁵ Come la presenza di tutte le opposizioni e la più intensa tutela delle loro prerogative, nonché la piena garanzia della trasparente conduzione e dell'ampia pubblicizzazione del dibattito tra le forze politiche. Si tenga conto, inoltre, del fatto che nelle commissioni risulta maggiore che in Aula il rischio di violazione delle norme costituzionali e regolamentari (su questo cfr. ELIA, 1960, 904).

³⁶ Cfr. ELIA (1961, 101).

a salvaguardare la centralità del Parlamento (inteso nel suo complesso) nell'esercizio della funzione normativa³⁷.

Se, dunque, la *ratio* dell'istituto è quella appena descritta, conseguente dovrebbe essere anche quella dei suoi *limiti*. In altri termini, posto che vi sono ragioni di tipo *garantistico* alla base della previsione del procedimento decentrato, appare conseguente che del medesimo tipo debbano essere quelle sottese ai *vincoli* posti all'uso del procedimento stesso. Questi ultimi dovrebbero allora essere tali da *proibire* l'intervento del Governo³⁸ – e contestualmente quello delle Commissioni stesse – in circostanze di particolare rilievo, onde evitare che un istituto avente finalità garantistiche rischi in realtà, per un'eterogenesi dei fini, di porsi quale viatico per l'esclusione di fatto delle Assemblee plenarie dal processo di produzione normativa³⁹.

Difficile rispondere alla domanda poc'anzi posta. Pare ad ogni modo significativo che la stessa Corte, pur avendo respinto con decisione la possibilità di attribuire alla locuzione «materia costituzionale» una portata più ampia rispetto a quella di «mero rinvio» alle leggi formalmente costituzionali, abbia avvertito l'esigenza di mettere in guardia contro il rischio dell'affermazione di un'eccessiva tendenza all'aggiramento della procedura «normale»: e questo dà pienamente conto della portata problematica del tema in esame.

3.2 Questioni nuove: l'affermazione della «cultura maggioritaria» e la «Riforma organica del Regolamento del Senato»

Com'è noto, tale tendenza si è effettivamente affermata, dapprima nella forma dell'amplissimo uso – talvolta abuso – della procedura decentrata⁴⁰, poi, nell'epoca della c.d. «democrazia maggioritaria», in quella dell'uso – *molto spesso* abuso – altrettanto vasto dei poteri normativi del Governo⁴¹. Orbene,

³⁷ Cfr. ELIA (1961, *passim*). Come accennato *supra* § 2, nota 20, l'obiettivo dell'istituto è stato ampiamente raggiunto durante la prima repubblica.

³⁸ Altrimenti sempre *possibile*, ancorché disincentivato.

³⁹ È vero che le Assemblee plenarie dispongono astrattamente e in generale degli strumenti per scongiurare la loro esclusione (diniego di conversione dei decreti-legge quando eccedano i limiti, ricorso modico alla delegazione, voto contrario ai maxiemendamenti corredati da questione di fiducia, rimessione all'Assemblea dei d.d.l. assegnati alla procedura decentrata); e tuttavia, il ricorso a tali facoltà risulta, nella fase attuale, *in concreto* inibito da condizioni sistemiche, come meglio specificato nel prosieguo. Da ciò discende l'importanza della riflessione intorno ai limiti *inderogabili* all'evitamento delle Assemblee, che si pongono, dunque, anche come limiti alla libertà di queste ultime di assecondare o addirittura aval-lare oltre una certa misura tale fenomeno.

⁴⁰ Cfr. MARTINES, SILVESTRI (2011, 19); CRISAFULLI (1984, 216).

⁴¹ V. *supra*, § 2, nota 10.

sembrerebbe indirizzata ad impartire un'inversione alla tendenza di rendere sempre più marginale il ruolo del Parlamento nel processo di produzione normativa la «Riforma organica del Regolamento del Senato» (deliberata il 20 dicembre 2017 – G. U., S. G., n. 15 del 19 gennaio 2018): il comma 1-bis, inserito all'art. 34, stabilisce, infatti, che «i disegni di legge sono *di regola* assegnati in sede deliberante ai sensi dell'articolo 35 o in sede redigente ai sensi dell'articolo 36». Intervenuta a seguito della bocciatura nel dicembre del 2016, da parte del corpo elettorale, delle modificazioni alla Costituzione⁴², tale riforma appare, per la parte di interesse in questa sede, come un tentativo di ritorno alla prassi – e dunque anche alla «visione complessiva» – della prima repubblica⁴³.

E tuttavia tale proposito, pur astrattamente apprezzabile, sembra, nella sua concreta modalità di realizzazione, velleitario e pericoloso. Velleitario, poiché il fenomeno della sostanziale monopolizzazione della funzione legislativa da parte del Governo è dovuto a ragioni più complesse e profonde⁴⁴ (che in questa sede è possibile soltanto menzionare): tra le principali, oltre al profondo cambiamento della cultura giuridica italiana⁴⁵, vi è la trasformazione della natura dei partiti politici, riverberatasi sul cambiamento del loro *modus agendi*⁴⁶. Appare, dunque, difficile che una riforma regolamentare, *da sola*, possa determinarne un superamento⁴⁷. Il pericolo dell'innovazione regolamentare, d'altra parte, risiede nel fatto che, contrariamente all'intenzione (apparente), viene introdotto un modello molto più vicino a quello fascista di quanto non fosse quello pensato dai Costituenti: la previsione di una competenza legislativa generalizzata in capo

⁴² Che, coordinate con la legge elettorale n. 52 del 2016 (c.d. *Italicum*), avrebbero segnato forse la definitiva svolta in senso maggioritario della forma di governo (con probabili ricadute sulla stessa forma di stato – v. *supra*, § 1, nota 6). Il riferimento al contesto è importante poiché ogni riforma istituzionale, anche quella apparentemente più tecnica e circoscritta, ha un'«anima», una *ratio* ispiratrice di fondo (Cfr. DELLA MORTE, 2017, 118).

⁴³ Per lo meno è questo l'intento dichiarato: cfr. relazione introduttiva alla proposta di riforma in *Doc. II n. 38 – XVII Legislatura, Senato della Repubblica, Assemblea, Resoconto stenografico*, seduta n. 911, 29 novembre 2017, p. 141.

⁴⁴ Tale assunto trova conferma nella circostanza che ad una riforma in senso maggiormente proporzionalistico del sistema elettorale non ha fatto seguito un mutamento sostanziale delle condizioni sistemiche complessive.

⁴⁵ Di cui si è già fatto cenno *supra*, § 1.

⁴⁶ Non più improntato, tra l'altro, alla cultura della mediazione e del compromesso, che vedeva le Commissioni, per le loro caratteristiche, come le sedi privilegiate per tale approccio al momento deliberativo, ma, al contrario, a quella dell'«identificazione delle *fratture* considerate vincenti sul piano elettorale» (DELLA MORTE, 2017, 111).

⁴⁷ Ed infatti, la previsione della regola del generale ricorso al procedimento decentrato non è di per sé garanzia di disincentivo dell'ampio utilizzo dei poteri normativi del Governo, ma soltanto, paradossalmente, dell'*evitamento* dell'Assemblea plenaria *nei casi in cui* il Governo non intervenga nel processo normativo. In realtà, la '*vis disincentivante*' dell'istituto in questione può funzionare soltanto in presenza di talune condizioni sistemiche (quelle presenti, appunto, nel corso della prima repubblica, come la storia ha dimostrato).

alle commissioni⁴⁸, infatti, impedisce al Presidente del Senato di assegnare un disegno di legge in sede referente anche qualora dovesse valutarne la necessità⁴⁹ e contribuisce ulteriormente, nelle attuali circostanze, all'espansione del fenomeno dell'aggiramento delle Assemblee plenarie. Tale conseguenza deriva anche dal fatto che la portata garantistica del diritto di rimessione all'Assemblea, in virtù della modifica dell'art. 35, comma 2 R. S., risulta oggi ridotta: la richiesta di rimessione ha, infatti, come effetto il contingentamento dei tempi di esame da parte della Commissione, a prescindere da quando esso abbia avuto inizio (a danno non solo delle prerogative delle minoranze, ma della generale qualità della legislazione⁵⁰).

Alla luce di quanto precede sembra, allora, trovare conferma l'idea che, al fine di contribuire all'affermazione di un'inversione di tendenza, possa forse risultare utile ritornare sulla riflessione intorno alla riserva di legge di assemblea. In particolare, più ampio è il significato che credibilmente può assegnarsi alla locuzione «materia costituzionale», più limitata sarà di conseguenza la possibilità di svilimento del ruolo del Parlamento (e segnatamente delle Assemblee plenarie).

3.3 Oltre l'interpretazione riduttiva

Sulla base delle ragioni sin qui esposte, sembra preferibile considerare il sintagma 'materia costituzionale' una clausola generale, destinata, dunque, ad essere delimitata nel suo senso in via interpretativa. Attività massimamente complessa, che proprio per questo non può che essere condotta per grandi linee in questa sede. Ebbene, pare che di 'materia costituzionale' possa parlarsi quando il contenuto normativo di un disegno di legge attenga al nucleo irrinunciabile dell'ordinamento giuridico, fondamento stesso della sua ragion d'essere e sia pertanto dotato di un «significato fondamentalmente politico» (Esposito, 1962, 200, nota 20) poiché inerente alle opzioni valoriali essenziali, alle finalità primarie dell'ordinamento determinate durante la fase costituente: appare, infatti, imprescindibile che in tale ambito le Assemblee plenarie, organi eminentemente politici, sedi della rappresentanza, abbiano non solo il diritto,

⁴⁸ Contemplata anche, *mutatis mutandis* (v. *supra*, nota 34 e *infra*, nota 66), dalla citata legge n. 129 del 1939.

⁴⁹ Ad esempio, sulla base della particolare rilevanza pubblica del tema o di una previa approvazione particolarmente frettolosa o sofferta da parte della Camera dei Deputati.

⁵⁰ Cfr. PODETTA (2017, 15) che definisce «paradossale» tale modifica.

ma anche il *dovere*⁵¹ di esaminare ed approvare i disegni di legge⁵². A comporre tale nucleo vi sarebbero anzitutto tutti i diritti definibili come *fondamentali*⁵³ in base alla tradizione o alle recenti evoluzioni⁵⁴, accanto ai quali si collocano i principi e le regole organizzative funzionali alla loro *effettiva* garanzia e attuazione⁵⁵. In quest'ultimo gruppo rientrerebbero le norme relative al funzionamento e ai limiti al potere degli organi costituzionali o dei soggetti aventi rilevanza costituzionale⁵⁶. Appare, inoltre, importante sottolineare che la

⁵¹ Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA (1976, 607). Se in passato tale doverosità poteva apparire secondaria – sulla base della considerazione che «certe determinate materie particolarmente connesse ai principi costituzionali [...] avranno sempre di fatto un regime giuridico differenziato dal momento che gli ordinari limiti di legittimità costituzionale peseranno particolarmente su di esse e le stesse forze politiche daranno loro una maggiore rilevanza» (così BARILE, DE SIERVO, 1969, 23) – nella fase attuale soltanto la contezza di un obbligo giuridico può probabilmente essere in grado di influire sulle scelte delle forze politiche stesse, nella speranza, auspicabilmente non vana, che la consapevolezza dell'illegittimità costituzionale di una prassi riesca a rappresentare, per gli attori politici, una sufficiente ragione dissuasiva.

⁵² Proprio perché rappresentano la sede più idonea, se non a scongiurare, quantomeno a ridurre il rischio che leggi particolarmente delicate quali quelle funzionali all'effettiva attuazione del 'nocciolo duro' della Costituzione ne snaturino il senso (sulla funzione, propria della legge, di attuazione e sviluppo della Costituzione, cfr. su tutti MODUGNO, 2002, *passim*, spec. 37 s.). Com'è noto, in dottrina è stato anche sostenuto che la disciplina della materia costituzionale fosse riservata alle leggi formalmente costituzionali (BARILE, DE SIERVO, 1969, 23; CICONETTI, 1972, 58). Sembra tuttavia persuasiva l'acuta osservazione che «non tutte le possibili norme comunque incidenti su materie costituzionali, ma soltanto quelle fondamentali e di principio, sono sottratte alla legge ordinaria»; di modo che, dal coordinamento dell'art. 138 con l'art. 72 u.c., emergerebbe la sottile differenza «tra leggi costituzionali (*per materia*, ossia per la natura degli oggetti regolati e, forse, anche per la struttura delle disposizioni, esperimenti i principi fondamentali della disciplina di detti oggetti) e leggi in *materia* costituzionale (incidenti sugli stessi oggetti con disposizioni più particolari): le prime, soggette alla procedura dell'art. 138; le seconde, rientranti più semplicemente nell'esclusiva competenza delle Assemblee» (così CRISAFULLI, 1960, 796, nota 36. Conformemente, BISCARETTI DI RUFFIA, 1976, 606 s.; ESPOSITO, 1962, 197 ss.; MODUGNO, 2002, 37 ss.).

⁵³ E di conseguenza, pare di poter dire, le norme disciplinanti la cittadinanza (cfr. MODUGNO, 2002, 38).

⁵⁴ In quanto tali, sottratti al potere di revisione costituzionale (cfr. C. cost., sent. 1146 del 1988, che ha rappresentato la pietra miliare della teorica sui limiti alla revisione costituzionale); tale circostanza sembra rendere necessarie le maggiori garanzie di tutela offerte dal *plenum* delle Assemblee. Quasi sempre, peraltro, tali diritti sono coperti da riserva di legge (dalla quale, in controtendenza rispetto alla maggioranza della dottrina e condivisibilmente, ricava il divieto di intervento del Governo non solo tramite atti di livello secondario, ma anche – anzi, *a fortiori!* – tramite quelli di livello primario CARLASSARE, 1990; ID., 2003).

⁵⁵ Sulla centralità delle regole di organizzazione cfr., in particolare, AZZARITI (2016). In dottrina vi è stato chi, per l'interpretazione della locuzione «materia costituzionale» si è rifatto alla «nozione di *diritto costituzionale*, e di *costituzione*, in *sensu sostanziale*», intesi come «quella sfera dell'ordinamento giuridico statale: che fissa i presupposti per la stessa formazione dello Stato e ne determina gli elementi costitutivi; che, stabilendo le modalità di composizione dei suoi organi fondamentali (e specie di quelli legislativi), ne specifica le attribuzioni e ne dirige concretamente l'attività, anche nei reciproci rapporti; e che regola, infine, le relazioni sorgenti fra gli organi dello Stato ed i suoi cittadini» (così BISCARETTI DI RUFFIA, 1976, 605).

⁵⁶ Esemplificando, si può far riferimento proprio alla legge istitutiva del Consiglio Superiore della Magistratura, o a quella contenente la disciplina necessaria per l'istituzione delle Regioni, alla legge recante le norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale, a quella che disciplina l'attività di Governo e l'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e così via; si ritengono

violazione dei vincoli posti dall'art. 72, u.c., Cost. risulta assoggettata al sindacato di legittimità costituzionale⁵⁷.

4. «LEGGE ORGANICA» E SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO: PROFILI PROBLEMATICI

Occorre, a questo punto, chiedersi se la tipologia di leggi di cui si è discusso rappresenti una «semplice» variante rispetto alla categoria della legge ordinaria (ponendosi, in tal modo, come fonte *lato sensu* atipica⁵⁸), ovvero se possa costituire una categoria di fonte concettualmente autonoma⁵⁹. Ebbene, ove si accolga l'interpretazione del sintagma «materia costituzionale» ritenuta preferibile in questa sede, appaiono emergere *ictu oculi* elementi di affinità con la categoria della legge organica, quantomeno in relazione all'ambito materiale di competenza. Quest'ultima, immediatamente subordinata alla sola Costituzione, è differenziabile dalla legge ordinaria non solo dal punto di vista *formale*, ma anche da quello *materiale*: per la sua approvazione è, dunque, previsto un procedimento aggravato rispetto a quello ordinario, è produttrice di norme quantomeno resistenti all'abrogazione da parte della legge ordinaria e le competono in prevalenza (ma non in via esclusiva) materie afferenti ai pubblici poteri – che, con formula generale, potrebbero definirsi «di spiccata rilevanza costituzionale», costituendo l'«attuazione» e lo «svolgimento» («*mise en place*», «*desarrollo*») della Costituzione stessa⁶⁰. Esempi emblematici di legge organica si rinven- gono negli ordinamenti francese e spagnolo. Intercorrono numerose differenze tra i due rispettivi modelli⁶¹, cionondimeno può riconoscersi una costante relati-

inerenti ai principi di organizzazione, altresì, le norme sulla produzione normativa (in tal senso, *ex plurimis*, PALADIN, 1996, 27 ss.; SORRENTINO, 2009, 26 ss.), quelle disciplinanti il sistema elettorale nonché quelle riguardanti i referendum previsti dalla Costituzione e l'iniziativa legislativa del popolo (Cfr. PEGORARO, 1990, 213 ss.).

⁵⁷ Cfr. C. cost. n. 9 del 1959, punto 2 del Considerato in diritto; ELIA (1961, 77-89 ss.). Alla luce di ciò, la rilevanza pratica di un'eventuale inversione di rotta della giurisprudenza costituzionale in merito all'interpretazione della locuzione 'materia costituzionale' assume una dimensione ancor più significativa.

⁵⁸ CRISAFULLI (1984, 217).

⁵⁹ Sui requisiti per la tipizzazione di una fonte, tenuto conto tanto del criterio gerarchico quanto di quello della competenza, cfr. CRISAFULLI (1984, 209).

⁶⁰ Sulla nozione di legge organica cfr. PEGORARO (1990, 217 e *passim*); LUATTI (1997, 205 ss.).

⁶¹ In Francia alla «legge organica» la Costituzione riserva la disciplina integrativa, rispetto a quella costituzionale, di materie come quella relativa alle attribuzioni del Presidente della Repubblica e all'organizzazione e funzionamento di organi costituzionali, subordinando la valida approvazione di tali leggi alla dichiarazione preventiva di conformità alla Costituzione da parte del Conseil constitutionnel e prevedendo, in caso di disaccordo tra le due Camere, la necessità dell'approvazione in seconda lettura a maggioranza assoluta dei componenti da parte dell'Assemblea Nazionale (art. 46 della Costituzione francese). Nella

va alla consapevolezza della necessità di istituire una fonte *autonoma* rispetto alla legge ordinaria per la disciplina di materie che attengono all'attuazione della Costituzione o che presentano profili di particolare rilievo⁶².

In virtù di quanto detto, ai fini della riconducibilità della «legge in materia costituzionale» alla nozione di legge organica occorrerebbe poter riscontrare, oltre alla summenzionata affinità, le ulteriori caratteristiche dell'aggravamento procedurale e della resistenza all'abrogazione da parte della legge ordinaria. A tal proposito, si pongono problemi difficilmente superabili. Infatti, in dottrina sono state manifestate forti perplessità circa la possibilità che un procedimento definito esplicitamente «normale» dalla Costituzione possa considerarsi cionondimeno *aggravato*⁶³. In effetti il maggiore problema ermeneutico è costituito dal fatto che il procedimento previsto per i casi di cui al comma 4 non riguarda *esclusivamente* gli stessi (com'è, ad esempio, il caso del procedimento *ex art.* 132, comma 2, Cost., previsto *ad hoc* per il distacco di Province o Comuni da una Regione e la loro aggregazione ad un'altra), anzi: in quanto «procedimento-*tipo*» della legge ordinaria, non sembra affatto idoneo a porsi quale tratto distintivo di una presunta categoria di leggi dalla stessa differenziabile. È però anche vero, specularmente, che gli stessi casi di cui al comma 4 sono di *esclusiva* pertinenza di tale procedimento, quando invece la regola generale per i disegni di legge non rientranti in tale disposizione prevede (sia pur a determinate condizioni⁶⁴) la possibilità di *scelta* tra una pluralità di opzioni. Di modo che il tratto differenziale delle leggi *ex art.* 72 Cost. u.c. (da cui la loro *specialità*) potrebbe risiedere non solo (e non tanto) nel *tipo* di procedimento, ma nella *combinazione* di questo con i casi nei quali risulta *obbligatorio*. Sembra, infatti, opportuno riconoscere che le leggi *ex art.* 72 u.c. si distinguono dalla generalità delle leggi ordinarie per il fatto che i Costituenti abbiano ritenuto non «*meramente*

Costituzione spagnola, d'altra parte, si prevede che con legge organica siano disciplinati lo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, gli Statuti delle autonomie, il regime elettorale, l'autorizzazione alla stipula di trattati con i quali si attribuisce ad una organizzazione o istituzione internazionale l'esercizio delle competenze derivate dalla Costituzione, nonché quanto altro dalla stessa previsto; tali leggi risultano validamente approvate, modificate o derogate se a ciò concorra la maggioranza assoluta del Congresso nella votazione finale dell'intero progetto (art. 81, della Costituzione spagnola). Per un'approfondita disamina delle somiglianze e delle differenze tra i due modelli, cfr. PEGORARO (1990, *passim*).

⁶² PEGORARO (1990, 205). Simile «rilievo ai fini dell'indirizzo politico generale o del mantenimento dell'ordine costituzionale» assumono le fattispecie *ex art.* 72 u.c. Cost. (così CERVATI, 1985, 160. In tal senso v. anche MORTATI, 1976, 1240 s.), in particolar modo le leggi in materia costituzionale.

⁶³ Cfr. MORTATI (1962, 178); TRAVERSA (1989, 36).

⁶⁴ V. *infra* nota 66.

preferibile»⁶⁵, bensì *fondamentale* (e dunque obbligatorio) che vengano esaminate ed approvate dalle Assemblee plenarie⁶⁶.

Alla luce di quanto precede non appare così inverosimile considerare maggiormente *vincolato* il procedimento richiesto per i casi di cui all'art. 72 u.c. e, in quanto tale, alla stregua delle leggi rinforzate, connotato da modalità «più difficoltose e complesse» (Crisafulli, 1984, 212)⁶⁷.

Quanto all'aspetto della resistenza all'abrogazione, può dirsi che le leggi di cui si parla siano connotate da una forza passiva potenziata, in quanto non validamente modificabili da parte delle leggi deliberate in sede di commissione⁶⁸, degli atti aventi forza di legge e, com'è stato sottolineato, del referendum abrogativo nella misura in cui – a parte il caso evidente delle leggi di bilancio e di

⁶⁵ Ed infatti, «in una sfera assai ampia si ha il concorrere delle competenze dell'assemblea e della commissione» (così ELIA, 1961, 85). Cfr. altresì PASSAGLIA (2006, 1398).

⁶⁶ Né considerare alla stregua di *aggravamento* l'obbligatorietà della procedura di cui al comma 1 sembra porsi in contraddizione con il fatto che la stessa venga definita "normale". Invero, l'utilizzo di tale aggettivo pare giustificarsi non soltanto in virtù della previsione della riserva di legge di Assemblea, ma anche di quella di meccanismi bensì "meno vincolanti" di quest'ultima, dai quali cionondimeno emerge un generale *favor* per tale procedura. Ed infatti, la facoltà di opzione per la procedura decentrata non viene cristallizzata nel dettato costituzionale, ma subordinata all'*eventualità* che i regolamenti parlamentari la consentano, nonché ai *casi* ed alle *forme* dagli stessi stabiliti; è poi inderogabile diritto del Governo, di un decimo dei componenti della Camera e di un quinto di quelli della commissione richiedere la rimessione del disegno di legge alla Camera. Inserito, allora, in tale contesto, l'obbligo di utilizzo della procedura di cui all'art. 72, comma 1 non si pone quale "*mera e ristretta eccezione*" alla solida regola generale della fungibilità dei procedimenti, rappresentando piuttosto quello più stringente tra i meccanismi indirizzati complessivamente a garantire (o quantomeno a *favorire*) che tale procedura costituisca, per l'appunto, la *normalità*. Se questo era il disegno costituzionale, in virtù del quale tale qualificazione si giustificava, oggi le cose sembrano stare, dal punto di vista *fattuale*, in modo ben diverso. Infatti, dalle modifiche regolamentari e dalle condizioni sistemiche sinteticamente descritte pare emergere come la riserva di legge di assemblea sia l'unico dispositivo in grado di funzionare: se già durante la prima repubblica l'utilizzo della procedura normale non poteva dirsi prevalente (cfr. CRISAFULLI, 1984, 216), oggi la sua "normalità" viene messa ancor di più in discussione, di talché appare sempre più una finzione giuridica considerarlo alla stregua di "procedimento-tipo" della legge ordinaria.

⁶⁷ Le quali sembrano risiedere proprio nella circostanza che, anche qualora dovessero presentarsi le condizioni che normalmente avrebbero indotto alla scelta del procedimento decentrato – come ad esempio l'elevata complessità tecnica della materia da regolare, l'esigenza di accelerare i tempi di approvazione o di non sovraccaricare i lavori dell'Assemblea plenaria, quella di evitare un'eccessiva esposizione pubblica del dibattito di volta in volta in questione – ovvero che, come nella fase attuale più spesso accade, indurrebbero a quella della delegazione al Governo o dell'emanazione, da parte di quest'ultimo, di decreti-legge, è fatto comunque obbligo, a pena di invalidità dell'atto altrimenti adottato, di utilizzo della procedura di cui al comma 1, caratterizzata evidentemente da profili di maggiore complessità. A tal proposito può probabilmente giovare l'osservazione dell'ELIA (1961, 79), secondo cui la varietà dei metodi di approvazione delle leggi «non è meramente procedimentale (come nelle delibere parlamentari *ex art. 138 Cost.*) ma attiene anche agli organi agenti e alle relative competenze». Rinviene nell'obbligatorietà del procedimento prescritto per l'approvazione delle leggi in esame un aggravamento procedurale CRISAFULLI (1960, 792). Di tenore evidentemente opposto la posizione espressa in ID. (1968, 963, nota 84), mentre più sfumata e problematica quella in ID. (1984, 216 ss.).

⁶⁸ CRISAFULLI (1984, 216).

autorizzazione a ratificare trattati internazionali – si tratti di «leggi ‘costituzionalmente obbligatorie’ nel *quomodo* e, forse, anche nell’*an*»⁶⁹.

Sotto altro profilo, a rendere problematica la ricostruzione delle leggi in parola alla stregua della categoria delle leggi organiche si pone inoltre l’innegabile assenza di caratteristiche formali la cui peculiarità, come avviene per le leggi organiche, sia esteriormente percepibile⁷⁰. Ad ogni buon conto tale problema e quelli che precedono, di difficile risoluzione invero, acquisiscono un peso minore nella misura in cui si tenga conto del fatto che la caratteristica dell’aggravamento procedurale solo in tempi relativamente recenti è divenuta *essenziale* delle leggi organiche, quando, invece, tradizionalmente l’elemento che le connotava era costituito dal solo *ambito materiale* di loro competenza⁷¹. Due i profili evolutivi rispetto a questa originaria configurazione della nozione: assegnazione della competenza, in ragione proprio della rilevanza delle materie oggetto delle leggi organiche, all’organo che nell’assetto della forma di governo assume una posizione preminente⁷²; previsione di una più intensa tutela degli oggetti disciplinati dalle stesse, attraverso l’introduzione di un procedimento manifestamente più complesso rispetto a tipico delle leggi ordinarie. È questo passaggio che certamente nell’ordinamento italiano non è agevole rinvenire con nettezza e che contribuisce a rendere ancora più intricata l’interpretazione della locuzione «materia costituzionale»⁷³.

⁶⁹ Cfr., sia pur dubitativamente, PEGORARO (1990, 239 ss.).

⁷⁰ Si pensi, ad esempio, alla numerazione separata rispetto a quella delle leggi ordinarie ovvero alla diversa qualificazione dell’iniziativa legislativa (e dunque, poi, dell’atto eventualmente approvato) da parte dell’Ufficio di Presidenza all’inizio del procedimento (cfr. LUPU, 2011, 111 s.).

⁷¹ In passato problema della differenziazione formale degli *itinerari* approvativi delle leggi ordinarie e delle leggi organiche non giungeva proprio in rilievo, essendo le stesse tendenzialmente approvabili tramite il medesimo procedimento (PEGORARO, 1990, *passim*, spec. 213 ss.).

⁷² Significativo è che la Costituzione spagnola (particolarmente affine, nelle forme e nello spirito garantistico, a quella italiana) non soltanto assegni al solo Parlamento (a differenza della Costituzione francese) la competenza per l’approvazione delle leggi organiche – ben avrebbe potuto limitarsi a questo – ma addirittura stabilisca la competenza esclusiva inderogabile delle *Assemblee plenarie*, attraverso un sistema – quello della previsione di un procedimento decentrato il cui uso è sottoposto a vincoli – del tutto simile a quello previsto dalla Costituzione italiana (art. 75 C. E.). La circostanza che, nella recezione della procedura decentrata di matrice italiana, siano stati posti significativi limiti materiali al ricorso alla stessa può forse ragionevolmente indurre a ritenere che quello spagnolo rappresenti una coerente *evoluzione* di un sistema le cui caratteristiche essenziali, pur in forma maggiormente «primitiva», data l’antecedenza della Costituzione italiana, erano già presenti in quest’ultima. Comparabile possibilità di rintracciare nella Costituzione spagnola elementi evolutivi rispetto a quella italiana, ma sempre collocabili nella prospettiva comunque riscontrabile, pur in forme più «acerbe», nella seconda, è individuata da CARLASSARE (2003, 1237), quanto alla disciplina della decretazione d’urgenza.

⁷³ È possibile ipotizzare che non sia stato previsto un aggravio procedurale (o quantomeno, uno *più consistente*, com’era nelle iniziali intenzioni dei Costituenti – cfr. MORTATI, 1976, 1241) anche per le diverse condizioni sistemiche dell’epoca, che forse non lasciavano facilmente presagire l’esigenza di una maggiore protezione per la disciplina di determinate materie.

Rimane, insomma, comunque problematica la ricostruzione delle leggi in esame alla stregua della categoria della legge organica. È chiaramente sempre possibile e probabilmente anche *auspicabile* l'uso del potere di revisione ex art. 138 Cost., finalizzato a chiarire e implementare la disciplina costituzionale⁷⁴. E però, partendo dal presupposto che le leggi in materia costituzionale condividano con quelle organiche la *ratio* (*id est*: la previsione di una tutela differenziata per le leggi che disciplinano ambiti di particolare rilevanza rispetto alla generalità delle leggi subordinate alla Costituzione), sembra lecito concludere che nel sistema italiano delle fonti del diritto sia già possibile riconoscere una categoria affine alla legge organica.

5. CONCLUSIONI

Si è inteso in questa sede fornire alcuni spunti principalmente in merito ad una categoria di leggi, quelle in «materia costituzionale», che secondo l'opinione prevalente non costituirebbero una categoria autonoma di fonte del diritto, rappresentando tale locuzione un mero richiamo alle leggi formalmente costituzionali. Si è posto in particolare in evidenza come, soprattutto alla luce delle attuali condizioni sistemiche, sarebbe utile riavviare una riflessione che valuti la possibilità di un ripensamento dell'interpretazione riduttiva sinora prevalsa, che parrebbe suffragato dalle diverse considerazioni che si sono esposte, ed in particolare dal raffronto – tanto in una dimensione sincronica, quanto, soprattutto, in una *diacronica* – con la categoria della legge organica, con la quale la «legge in materia costituzionale» sembrerebbe condividere quantomeno la *ratio*. Si è allora sottolineato come la trasformazione dell'orientamento dominante – che eventualmente conseguisse alla ripresa di un dibattito che tenga conto degli argomenti «vecchi» e «nuovi» – parrebbe in grado di produrre effetti positivi in relazione al grave problema della de-strutturazione del sistema delle fonti del diritto. Sembra, infatti, che ristabilire quanto prima un ordine sia di fondamentale importanza, nella consapevolezza, per usare le parole della Corte, che «l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale» e sia «correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali» (sent. n. 171 del 2007).

⁷⁴ Ad esempio, attraverso un'esplicita e puntuale elencazione dei casi rientranti in questa categoria e la previsione di una maggioranza qualificata. L'esigenza di un intervento chiarificatore del legislatore costituzionale è segnalata anche da ELIA (1961, 89).

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AZZARITI, G. (2016), *Revisione costituzionale e rapporto tra prima e seconda parte della costituzione* – Relazione al Convegno «Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale», Roma, 14 dicembre 2015 – in *Nomos*, fasc. 1.
- BARILE, P.; DE SIERVO, U. (1969), «Revisione della Costituzione» (voce), in *Noviss. Dig. it.*, n. 15, Torino.
- BARTOLE, S. (2001), «Democrazia maggioritaria», in *Enc. Dir. Agg.*, V.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1976), «I “disegni di legge in materia costituzionale” di cui all’ Art.72, 4° comma, della Costituzione (un problema lasciato insoluto dall’ insoddisfacente sentenza 168/1963 della Corte costituzionale)», in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 593 ss.
- CARLASSARE, L. (1990), «Legge (riserva di)», voce, in *Enc. Giur.* Treccani.
- (2003), «I limiti di materia al decreto-legge: due Costituzioni a confronto», in Segado F. F. (a cura di), *The Spanish Constitution in the European constitutional context*, Madrid.
- (2008), «Maggioritario», in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1.
- (2018), «Forma di governo e sistemi elettorali», in *Annali dell’Università degli Studi del Molise* (Dipartimento Giuridico), n. 19/2018, Napoli, 27 ss.
- CELOTTO, A. (1997). *L’«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, v. I Padova.
- CERVATI, A. A. (1985), «Art. 72», in *Comm. Cost.*, Branca, Bologna – Roma, 108 ss.
- CHESSA, O. (2004), «La democrazia maggioritaria nell’interpretazione costituzionale della forma di governo», in *Dir. Pubbl.*, n. 1, 19 ss.
- CHINNI D. (2014), *Decretazione d’urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Napoli.
- CICCONETTI, S. M. (1972), *La revisione della Costituzione*, Padova.
- CRISAFULLI, V. (1960), «Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti», in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 775 ss.
- (1968), «Fonti del diritto (diritto costituzionale)», voce, in *Enc. Dir.*
- (1984), *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova.
- DE FIORES, C. (2004), *Partiti politici e Costituzione. Brevi riflessioni sul decennio* – Relazione tenuta nel corso del Seminario interno organizzato dalla Rivista sul tema «1993/2003, un decennio di storia costituzionale», Roma, 23 giugno 2004 – in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2.
- DELLA MORTE, M. (2016), «Sistema delle fonti e peso dell’esecutivo», in Grasso G. (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell’Associazione «Gruppo di Pisa», Como, 20 novembre 2015, Napoli.
- (2017), *La difficile ricostruzione di un lessico rappresentativo (The difficult reconstruction of a representative lexicon)*, – Atto del seminario «Mediazione politica e compromesso parlamentare», Università di Roma «La Sapienza», 16 giugno 2017 – in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2, 103 ss.
- ELIA, L. (1960), «Commissioni parlamentari», voce, in *Enc. Dir.*, 895 ss.

- (1961), «Le commissioni parlamentari italiane nel procedimento legislativo», in *Archivio giuridico* «F. Serafini», 85 ss.
- ESPOSITO, C. (1958), «Nota a “Documentazione e cronaca costituzionale”», in *Giur. Cost.*, 821 ss.
- (1962), «Costituzione, legge di revisione della costituzione e “altre” leggi costituzionali», in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 191 ss.
- GIANNITI, L.; LUPO, N. (2018), *Corso di diritto parlamentare*, Bologna.
- GUARINO, G. (1948), «Materia costituzionale, costituzione materiale, leggi costituzionali», in *Diritto e Giurisprudenza*, 36 ss.
- LUATTI L. (1997), «Questioni generali in tema di leggi organiche in Spagna», in Rolla G.; Ceccherini E. (a cura di), *Profili di diritto parlamentare in Italia e in Spagna*, Torino, 245 ss.
- LUPO, N. (2013), «La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole», in *Analisi giuridica dell'economia*, fasc. 2, pp. 421-435.
- (2019), «Un'ordinanza compromissoria, ma che pone le basi per un procedimento legislativo più rispettoso della Costituzione», in *federalismi.it*, fasc. 4.
- MAZZIOTTI DI CELSO, M. (1963), «Questioni di costituzionalità della legge sul Consiglio Superiore della Magistratura», in *Giur. Cost.*, 1648 ss.
- MODUGNO, F. (2002), *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino.
- MORTATI, C. (1962), «Costituzione (Dottrine generali)», voce, in *Enc. Dir.*, 139 ss.
- (1969), *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, 8, Padova.
- (1976), *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, 9, Padova.
- PALADIN, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna.
- PASSAGLIA P. (2006), «Art. 72», in *Commentario alla Costituzione*, 1379 ss.
- PEGORARO, L. (1990), *Le leggi organiche: profili comparatistici*, Padova.
- PIZZORUSSO, A. (1986), «Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo», in *Quad. Cost.*, fasc. 2, 217 ss.
- PODETTA, M. (2017), «La proposta di riforma regolamentare all'esame del Senato. Gli inadeguati colpi di acceleratore di fine legislatura», in *Nomos*, fasc. 3.
- RUGGERI, A. (2010), «E' rimediabile il disordine delle fonti?» – Testo rielaborato dell'intervento svolto alle Secondhe Giornate italo-spagnolo-brasiliane su «Il ruolo della legge oggi. Modelli costituzionali ed esperienze a confronto», Palermo, 24-25 settembre 2009 – in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1.
- SORRENTINO, F. (2009), *Le fonti del diritto italiano*, Padova.
- (2019), «La legge di bilancio tra Governo e Corte costituzionale: il Parlamento approva a scatola chiusa», in *federalismi.it*, fasc. 4.
- TARLI BARBIERI G. (2016), «Le leggi in Commissione nella prima esperienza repubblicana: la sede deliberante tra quadro costituzionale e prassi applicativa», in Casamassima V.; Andrea F. (a cura di), *Parlamento e storia d'Italia*, II, *Procedure e politiche*, Pisa.
- TRAVERSA, S. (1989), «La riserva di legge d'Assemblea» in *Il Parlamento nella Costituzione e nella prassi*, Milano, 33 ss.

ORGANIC LAWS AND THE PRINCIPLE OF DEMOCRACY IN FRANCE AND SPAIN

BOLDIZSÁR SZENTGÁLI-TÓTH*
Hungarian Academy of Sciences

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. 2. The historical background of organic law in France and Spain. 2.1 The historical background of organic law in France. 2.2 The historical background of qualified law in Spain. 3. The scope of organic law. 3.1 The scope of organic law in France. 3.2 The scope of qualified law in Spain. 4. Qualified law within the hierarchy of norms. 5. Qualified laws from separation of powers perspective and the principle of democracy. 6. Conclusion. 7. Bibliographic references.

1. INTRODUCTION

As a preliminary consideration, I will identify what I understand under the term qualified law, which is called as «organic laws» in France and Spain respectively. Different countries have constituted diverse concepts of qualified law, but we could outline the general content of this notion on the basis of national constitutions. Qualified law is a special category of statutes with clear constitutional background, which covers certain domain of crucial subject matters, and which is adopted with stricter procedural rules, than the ordinary

* Young research fellow at *Research Center of Social Sciences, Institute for Legal Studies.*

legislative process (Camby, 1998; Jakab, Szilágyi, 2014; Avril, Gicquel, 2014, 267-307).

Several expressions are used for the identification of qualified laws in the national legal instruments, such as organic law; cardinal laws; laws with constitutional force, laws adopted by two-thirds majority. These denominations show the key functions of qualified laws, which are not only constitutional, but also political, historical, and have a clear sovereignty aspect also. Organic law appears in the French¹, and the Spanish² Constitution, this terminology focuses on the constitutional role of these texts. In Spain, these laws are part of the constitutional concept (constitutional bloc), and in most of the countries concerned, they are invoked during the constitutional review of ordinary laws (Troper, Chagnollaud, 2012, 340)³.

France and Spain represent the two main models of qualified law. However, the issue of qualified law concerns not only the two abovementioned countries, but a huge number of jurisdictions around the world. The modern history of qualified laws dated back to 1958, with the Constitution of the Fifth Republic of France⁴. After the decolonization of Africa, from the inspiration of the French model, numerous African countries from the francophone legal family (David, 1964, 630), accepted this legal solution, currently, the Constitution of twenty-one African countries contains the category of organic law such as Algeria⁵, Senegal⁶, or Tunisia⁷. The second wave of the spread of qualified law started after the fall of the authoritarian regime in Spain and Portugal⁸: qualified law was implemented in both constitutions, and later, from that legal family, several Latin-American countries followed this sample, like Ecuador⁹, or Venezuela¹⁰. Finally, as the third stage of spread of qualified law, this framework was added to the Hungarian, Romanian¹¹, and Moldovan¹² constitutional system after the democratic transition. Moreover, some former member states of the Soviet Union have also codified a concept

¹ Art. 46. of the French Constitution of 4 October 1958.

² Art. 81-1 of the Spanish Constitution.

³ N° 66-28, DC du 8 juillet 1966 (Rec., p. 15).

⁴ Art. 46 of the French Constitution of 4 October 1958.

⁵ Art. 123 of the Constitution of Algeria.

⁶ Art. 78 of the Constitution of Senegal.

⁷ Art. 65 of the Constitution of Tunisia.

⁸ Art. 136 (3) of the Constitution of Portugal.

⁹ Art. 133 of the Constitution of Ecuador.

¹⁰ Art. 203 of the Constitution of Venezuela.

¹¹ Art. 73 of the Constitution of Romania.

¹² The Constitution of Moldova (29.07.1994): art. 61 (2), art. 63 (1) and (3), art. 70 (2), art. 72(1), (3) and (4), art. 74 (1), 78 art. (2), art. 80 (3), art. 97, art. 99 (2), art. 108 (2), art. 111 (1) and (2), art. 115 (4), art. 133 (5).

of qualified law, but these initiatives have been repealed. There are further concepts such as constitutional laws of Italy, which are close to organic law in certain receipts, but their essence and logic are inherently different, as these norms target to complete and amend the constitution itself (Bin, Pitruzzella, 2008, 322).

The foregoing considerations give us some sense of the main constitutional issues, raised by the concept of qualified law, and its relationship with the principle of democracy. Each country has applied this solution to promote a clear constitutional aim, therefore, in the first chapter, I will compare the historical background of the two emerges. In the second chapter, I will outline the scope of ordinary and qualified law in Spain and France, and I will argue for a narrower scope of qualified law. Furthermore, qualified law may have a special position in the hierarchy of norms, somewhere between statutory and the constitutional level, so chapter three will cover this issue (Troper, 2012, 340). I will concentrate especially on the level of precision of constitutional articles in this regard. Then, the practical impact of this concept on the constitutional system and political configuration shall be taken into consideration: so, I will deal with the separation of powers perspective of qualified laws as the fourth chapter, which would lead to the main conclusions regarding the principle of democracy. From this perspective, I have two main points, which may serve the compliance between the concept of qualified law and the principle of democracy: the narrow scope of qualified law; and the mandatory a priori review. As the main outcome, certain points will be highlighted for a potential constitution-drafting process.

2. THE HISTORICAL BACKGROUND OF ORGANIC LAW IN FRANCE AND SPAIN

2.1 **The historical background of organic law in France**

Firstly, since France had consistently a number of qualified norms even at the constitutional level (Camby, 1998, 1686), not surprisingly, this country was the first which incorporated the concept of qualified law in its constitutional system in 1958. Organic law had been expected to be a proper instrument to promote the aims of the framers to weaken the Parliament and to rebalance separation of powers. De Gaulle had at least four considerations for playing down the legislature. Firstly, the Fourth Republic was suffered from a very serious degree of instability: governments were not able to survive even a year

(Debré, 1959, 7-29). It was generally considered, that the over weakness of the government was the main reason of this discrepancy, consequently, the legislative branch had too broad margin of movement. De Gaulle and his colleagues intended to reduce the decisive role of the Parliament, accordingly, the distribution of public power was reconsidered in favour of the executive: Parliament would not have unlimited power to determine the organisation of state, the executive branch would have wider competences in these fields (Blacher, 2012, 11-23).

Secondly, the significant laws were modified too frequently during the Fourth Republic, in light of the preferences of the actual parliamentary majority. We have to take into consideration that the composition of the legislation changed rapidly, and there was not any safeguard on the stability of norms. Owing to the «rationalisation of the parliamentarism» (Ardant, Mathieu, 2014, 344-345), certain subject matters would be protected from the unlimited power of the Parliament, the basic rules of the organisation of state would be not subject to actual political considerations.

Thirdly, the original constitutional framework of the Fifth Republic focused on institutional issues, the constitutional text does not contain any catalogue of fundamental rights (Troper, 2008, 13). This is the main reason, that the French model of qualified law is applied only in the field of the organisation of state fundamental rights are not covered by this concept. The founders of the Fifth Republic wanted to create a safeguard only for the basic institutions of the state, but the framers were not interested in other possible fields of introduction, such as fundamental rights.

Fourthly, as an implicit aspect, we shall mention the fear from the dictatorship, which was experienced during the Second World War, by the Vichy regime. Organic laws were able not only to protect the democracy from instability, but also exclude the future chances of an authoritarian regime.

The original model of organic law was slightly modified by constitutional amendments. To set an example, the organic laws related to the Senate shall be enacted with identical terms by the two chambers. This category was created for preventing the National Assembly to have the final word from the status of the Senate. This compromise was entrenched in a very special political situation: French-based EU citizens were permitted to participate in local elections, but they were prevented from voting in the elections of the Senate¹³.

¹³ Constitutional amendment on 25th June of 1992.

2.2 The historical background of qualified law in Spain

Organic laws were added to the Spanish constitutional system by the Constitution of 1978, after the fall of the Franco regime, as part of the democratic transition of the country. Despite the clear French influence, the historical background of the constitution-drafting process was completely different, than in France. Spain had lack of democratic traditions, the two previous Spanish republics had very short life, these regimes failed to gain stability, and to create efficient mechanisms to prevent authoritarian aspirations (Comella, 2013, 4-34).

Moreover, a remarkable degree of uncertainty surrounded the transition: initially, it was very questionable, whether the new king was engaged to democratic processes, or try to maintain some sort of dictatorship. Regarding these circumstances, the drafters sought for such solutions, which were able to promote the self-defence of the democratic system. Indeed, the primary purpose of the framers was the emerge of democratic safeguards, and organic law was one of them. Due to the numerous parties (Bonime-Blanc, 2010, 200), and ethnicities (Conversi, 2002, 223-244), the Spanish political life was very fragmented, thus, wide consent was essential to outline the new structure and to maintain the integrity of the country (*ibid*, 230). Despite the clear French influence (Troper, 2012, 344), the requirements of a democratic transition, the huge fear from authoritarian tendencies, the protection of integrity, and the demands of autonomous regions explain, that the scope of Spanish organic law is significantly broader, than its French counterpart as will be demonstrated later.

3. THE SCOPE OF ORGANIC LAW

3.1 The scope of organic law in France

In France, most of the organic laws cover institutional fields: inter alia, the functioning of the Parliament¹⁴, the status of the members of the judiciary¹⁵, the status of the Constitutional Council¹⁶, the functioning of the Economic, Social and Environmental Council¹⁷, the powers and actions of the Defender of Rights¹⁸. Moreover, the limitation of sovereignty of France also falls

¹⁴ Art. 25. sec. 1. of the French Constitution of 4 October 1958.

¹⁵ Art. 64. sec. 3. of the French Constitution of 4 October 1958.

¹⁶ Art. 63. of the French Constitution of 4 October 1958.

¹⁷ Art. 71. of the French Constitution of 4 October 1958.

¹⁸ Art. 71-1 sec. 3. of the French Constitution of 4 October 1958.

under the scope of organic law. The most conspicuous phenomena here is the almost exclusive dominance of the institutional aspect. Since fundamental rights were not included in the original framework of the Constitution of the Fifth Republic, they are almost ineligible to fall within the scope of organic law. Since 1958, the scope of organic law was slightly extended by constitutional amendments, for instance, the defender of rights was referred to the qualified domain in 2008.

The organic character within the practice of the Constitutional Council is related to particular provisions and subject matters rather than certain laws, which regulates organic subject matters (Camby, 1998, 1690). As a consequence, there are several statutes, which contains organic as well as ordinary provisions. Accordingly, in case of legal doubt, it is the task of the Constitutional Council to determine the scope of ordinary and organic law even within the same legal text. What is more, the scope of organic law is not only a technical circle of laws, but it has also strong constitutional protection, with the help of the notion of organic character¹⁹. Each law shall provide explicitly its character; organic laws may contain ordinary provisions, but this dispositions shall be declassified²⁰, by contrast, organic provisions shall not be placed within ordinary laws²¹. This ambiguity shows that despite the primary role of principle of competence, some hierarchic elements are not alien from the relationship between organic and ordinary laws in France.

3.2 The scope of qualified law in Spain

The Spanish structure differs significantly from the French approach. A separate article determines the two main areas of organic law: the statutes of the autonomic communities, and the fundamental rights and freedoms²². Apart from this, several articles of the Spanish Constitution prescribe organic law on further institutional matters: for instance, the organisation of military forces²³, the succession of the throne²⁴, the referendum²⁵, or the organisation of the judiciary²⁶, and the functioning and organisation of the Constitutional Tribu-

¹⁹ N° 84-177 DC du 30 aout 1984.

²⁰ 75-62 DC du 28 janvier 1976, 87-228 DC du 26 juin 1987, 88-242 DC du 10 mars 1988.

²¹ 86-217 DC du 18 septembre 1986.

²² Art. 81-1 of the Constitution of Spain.

²³ Art. 8. of the Spanish Constitution.

²⁴ Art. 57. (5) of the Spanish Constitution.

²⁵ Art. 93. of the Spanish Constitution.

²⁶ Art. 122. (1) of the Spanish Constitution.

nal²⁷. Accordingly, the scope of Spanish Organic Law covers two main fields: fundamental rights, and the most important institutional aspect, as the Spanish Constitutional Court have identified. The institutional framework is based on the statutes of autonomous communities however, other fields are also crucial (Iliopoulos-Strangas, 2007, 153)²⁸.

Regarding the extent of organic matters, the Spanish model is also based on particular matters, prescribed by the Constitution. For instance, in this regard, fundamental rights are exclusively those, which are regulated by art. 15.-29. of the Spanish Constitution²⁹. Since the Spanish Constitution outlines the scope of qualified law with very broad terms, the main task of the Constitutional Tribunal is to give a rational interpretation in this regard. Within the practice of the Spanish Constitutional Court, the key term is not the organic character, or essential content of a subject, but the reserved constitutional domain for organic law³⁰. If an ordinary law intervene to the organic domain, it would be strike down by the Constitutional Tribunal.

4. QUALIFIED LAW WITHIN THE HIERARCHY OF NORMS

Although in light of the national context, constitutional courts apply slightly different frameworks, the main experimental issues are almost the same in the two countries. Inter alia, these circle of issues include: whether an ordinary law could amend a qualified law; whether an ordinary law could contradict with qualified law; whether an ordinary law is entitled to intervene into the qualified domain, whether an ordinary law could include qualified provisions or vice versa; whether there is a hierarchy between ordinary and qualified laws; whether qualified law constitute a separate legal category; whether qualified law is part of the constitutional framework (Camby, 1998, 1688).

In France, despite of their clear constitutional background, the Council have clarified, that organic laws do not fall inside neither the constitutional framework, nor the constitutional bloc³¹. The Constitutional Council have improved its practice during the recent decades. The approach of the Council is based on three considerations.

²⁷ Art. 65. of the Spanish Constitution.

²⁸ Art. 104. par. 1. of the Spanish Constitution.

²⁹ SJCC 76/1983, of 5 August, LC 2; 160/1987, of 27 October LC 2.

³⁰ JCC no. 236-2007.

³¹ La décision du CC, n° 84-177 DC du 30 aout 1984.

Firstly, the Court have recognized the different legal character of organic and ordinary statutes but have refused to create some sort of clear hierarchy between them (Camby, 1998, 1690). This approach was also confirmed by the French Government³², and by the academic literature (Lucaire, Conac, 1987, 179-207). Either the competence of the organic as well as the ordinary legislature enjoy the same level of constitutional protection, both of them are prohibited from any interference in the other domain³³. «From 1958, the term of organic law has been descriptive rather than normative.» (Avril, 2014, 274). In other words, the relation between qualified and ordinary statute is outlined by the principle of competence instead of the principle of hierarchy. The principle of competence emphasises, that ordinary and qualified law are in the same level within the hierarchy of norms, they just have separate domain of subject matters. By contrast, the principle of hierarchy means that qualified law has supreme effect over ordinary law. However, despite the consistent rejection of supremacy of organic law over ordinary law, the French framework is not absolutely clear, for instance, the prohibition of explicit or even implicit amendment of organic law by an ordinary statute refers to some sort of hierarchic order³⁴.

Although an organic law could precise and complete the constitutionally prescribed scope of statutes³⁵, this authorization does not constitute an extra constitutional power to outline the scope of organic law, hence this catalogue shall be in conformity with constitutional provisions and principles. Organic laws fall outside from the constitutional bloc (Verpeaux, Maryvonne, 2007, 101), nevertheless, the contradiction with an organic law has the same impact, as a conflict with a constitutional provision³⁶. Furthermore, the rules of the procedure of the two assemblies shall comply also with organic laws (Pourhiet, 2007, 379)³⁷, as well as other parliamentary acts³⁸.

The second point from the Council is the distinction between ordinary and qualified provisions within the same legal text. The competence of the organic legislator is described by particular subject matters, and not by statutes. Accordingly, a legal text could include the provisions from both domain, but the Council would struck down such organic provisions, which are adopted

³² Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution, Volume III, 350.

³³ N° 87-234, DC du 7 janvier 1988, Rec., p. 2.

³⁴ La décision n° 96-386, DC du 30 décembre 1996.

³⁵ Art. 34. of the French Constitution of 4 October 1958, last clause.

³⁶ La décision du Cc, n°60-8 DC du 11 aout 1960.

³⁷ La décision en 2006-537 DC, 22 juin 2006; la décision en 99-419 DC du 9 novembre 1999.

³⁸ Art. 40 (5) of the Regulation of the National Assembly of France.

under the ordinary legislative procedure³⁹. When an organic law includes provisions from the field of ordinary law, these provisions shall be declassified, and could be amended without the application of art. 46. of the Constitution. The Council have established the notion of organic character, and it uses this term to bound, the scope between qualified and ordinary law. As a consequence, the terminology of «organic text» would be more precise, than the traditional wording of organic laws hence the organic character is related to certain provisions, and not always to whole statutes.

The third tendency in the French practice is the diversification within the category of organic law: there is some sort of hierarchy even amongst institutional acts. This legal framework does not constitute a unified legal concept, some subgroups of organic law demand special treatment (Camby, 1998, 1695). On the one hand, certain ordonnances (legislative acts adopted by the executive on the basis of parliamentary authorization (Ardant, 2014, 417-419)) are not allowed only in the field of ordinary law, but also within the domain of institutional act⁴⁰.

The main considerations are similar in Spain, than in France: organic laws as legal sources are bound by the Constitution⁴¹ and by the organic law from the constitutional court⁴². As a result, Spanish organic laws are subject to constitutional review (Troper, 2012, 344). Although some hierarchic elements between organic and ordinary laws (Troper 2012, 344-345), the principle of competence is highlighted *vis a vis* principle of hierarchy, organic law is not a separate constitutional category⁴³. However, some hierarchic aspects are also relevant, organic laws are considered during the constitutional review of ordinary statutes (Troper, 2012, 344-345). Nevertheless, the constitutional character of qualified laws has been rejected (Prakke, Kortmann, Brandhof, 2004, 743), organic laws shall comply with constitutional provisions⁴⁴. The Spanish approach is more pragmatic, than the French one, the organic law is installed to certain domain, based on subject matters. As a consequence, the distinction within a particular legal instrument is not so strong, than in France. However, the intervention in the ordinary domain shall be prevented therefore the Constitutional Tribunal strikes out ordinary and organic provisions which infringes

³⁹ N° 84-177, DC du 30 août 1984, Rec., p. 67; N° 86-217, DC du 18 septembre 1986.

⁴⁰ Droit constitutionnel et science politique, (Constitutional law and political science), XV^e édition, 379; also, for instance: Organic ordinance of 24 October 1958.

⁴¹ Art. 9. (3) of the Spanish Constitution.

⁴² 2/1979 Organic law of the Constitutional Court of Spain, art. 27. (2), art. 28. (2).

⁴³ JCC no. 236-2007.

⁴⁴ JCC. no 53. of 1985. (IV. 11.)

the constitutionally prescribed distribution of competences respectively⁴⁵. In spite the fact, that organic laws are incorporated within the constitutional bloc in Spain, they are infra-constitutional sources of law, and their legal value is clearly between the constitutional and the statutory level (Troper, 2012, 346).

5. QUALIFIED LAWS FROM SEPARATION OF POWERS PERSPECTIVE AND THE PRINCIPLE OF DEMOCRACY

To bring the principle of democracy also to the picture, during the foregoing pages, I will briefly outline the two main separation of powers aspect of qualified law, and as a background, I will also provide the relevant procedural rules from the three countries. I refer here not to the classical sense of separation of powers with three totally different branches of power (Montesquieu, 1748), but as a system of checks and balances, which provides interdependence for all relevant factors of the constitutional system (The Federalist no. 51).

In case of stable majoritarian support behind the government, the absolute majority would not modify radically the separation of powers between the government and the opposition. The government would be able to prevail its will regardless of the disagreement of the opposition. The role of absolute majority, as well as an additional vote at the end of the process⁴⁶ is to provide a further check on the power of the majority: qualified statutes should not be promulgated, unless they have been supported widely by deputies, at least on the government side. These requirements have multiple functions. Broader consent is sought for the enactment of an organic statute and with the help of this heightened level of minimum support, the stability of certain circles of law could be increased. Moreover, the opposition would have a better chance to prevent the government from adopting the bill, even a slight resistance on the government side is sufficient to put the enactment off. And this is a crucial safeguard of pluralism, and the protection of minorities and consensual democracy⁴⁷. Apart from this, since most of the democratic governments are coalitional, smaller groups in the government side could play decisive role, since their consent is needed for absolute majority. To set an example, some smaller fractions benefited from this situation regularly in France during the 1980s (Avril, 2010, 267).

⁴⁵ JCC No. 236. of 2007.

⁴⁶ Art. 81.1. of the Spanish Constitution.

⁴⁷ Cc n° 2007-559 DC du 6 décembre 2007.

The French and Spanish model shows, that absolute majority does not tend to be the lone special requirement in the field of qualified law. However, the Spanish model (followed also by Latin-American countries) do not operate with a wide circle of guarantees, organic laws differs from their ordinary counterparts only by an additional round of vote, and by the prescription of absolute majority. This is the main reason, that the distinction between organic and ordinary laws is not so strict in Spain, as in France. Indeed, in France, this concept has been completed with further elements (mandatory control of constitutionality a priori, additional procedural safeguards, bicameral consent). To show an example, within the French system, The Senate is entitled to block the legislation of the first chamber in such matters, which are related directly to the Senate⁴⁸. This competence was founded as a compromise after expanding the right to vote to EU citizens in local elections⁴⁹. In light of the traditional oppositional attitude of the French Senate, this is not only a theoretic consideration (Ardant, 2014, 430). Another special case is the cohabitation, when the majority of the two chambers is different (Avril, Pourhiet, 2008, 83). When the qualified majority requirement is stronger (two-third consent is needed), the concept of qualified law would be based on the consent aspect other potential elements are neglected.

Regarding the other relevant separation of powers aspect, the relations between the constitutional court and political branches of power, we shall highlight the role of constitutional courts as a counterbalance on concentration of powers within the hands of political actors (Avril, Seiller, 2010, 104). Two main questions are to be raised here: whether the constitutional review of qualified law is mandatory or optional; and whether there is an initiative of constitutional review, or it is conducted ex officio.

As regard the first issue, the review is optional, and mostly a posterior in Hungary⁵⁰, and in Spain⁵¹. However, the concept of qualified law is prescribed in these systems by constitutional provisions, which are enforceable by the respective constitutional bodies. As a consequence, this constitutional concept would create additional grounds of constitutional review: the constitutional court is entitled to examine the prevalence of the procedural norms⁵², and in case of any doubt, to bound the scope of qualified and ordinary law⁵³. This

⁴⁸ N° 85-195, DC du 10 juillet 1985.

⁴⁹ Amendment of the French Constitution on 25th June 1992.

⁵⁰ Art. 24. of the Fundamental Law of Hungary.

⁵¹ Art. 28. of the organic law 2/1979 of the Constitutional Tribunal of Spain.

⁵² La décision n° 89-263 DC du 11 janvier 1990.

⁵³ For instance: La décision du CC, n° 84-177 DC du 30 aout 1984; Spanish Constitutional Court Judgment No. 11/1981, of April 8; Decision 1/1999. (II. 24.) of the Constitutional Court of Hungary.

mechanism raises the compliance not only with procedural, but also with substantial requirements⁵⁴. The details of this theoretical framework have been analysed elsewhere, but here, we should already highlight the role of the constitutional court in dealing with these issues. The basis of this distinction is prescribed by the constitution, but the relevant constitutional provisions are subject to interpretation (Bodnár, Módos, 2012, 33-34), even if they are formulated by certain levels of precision. In other words, the constitutional court is entitled to control whether a qualified subject matter is covered exclusively by qualified law. Certain constitutional frameworks, like the French also protect the domain of ordinary law⁵⁵ of the constitutional court as a check on the political branches would be significantly stronger.

The second model, which is more special, than the previous one, is applied in France, and it cannot be understood without the consideration of the special historical background of this country. The scope of the legislation is outlined by a closed list of enumeration⁵⁶, however, this strict distinction has been relativized (Ardant, 2014, 425-476) Nevertheless, the Constitutional Council is still entitled to prevent the Parliament from overstepping this domain (Avril, 2014, 271). Therefore, the Constitutional Council has to mandatorily review all passed organic laws before their promulgation, without this step, these laws would not enter into force⁵⁷. This system would prevent, at least theoretically, unconstitutional acts in some essential fields of law. Furthermore, the position of the Constitutional Council is remarkably strengthened by this solution: without its agreement, any organic law, even if the organic law from the organisation and functioning of the Council (Julien, 2010, 103; Camby, 2008, 6-14) would not be effective.

If the scope of control of constitutionality is narrow, and the qualified majority requirement is not so strict, the mandatory a priori review could be an effective safeguard, but we should also be aware of the risks of this mechanism. On the one hand, it would strengthen the competence of the constitutional court, but on the other hand, this would also be a vehicle of political engagement on the body and would undermine democratic principles (Troper, 2012, 341-342). Lack of direct democratic legitimacy is always a strong argument against any form of judicial review over legislation⁵⁸.

⁵⁴ La décision du Cc, n°60-8 DC du 11 aout 1960.

⁵⁵ La décision du CC, ° 75-62, DC du 28 janvier 1976.

⁵⁶ Art. 34. of the French Constitution of 4 October 1958.

⁵⁷ French Constitution on 4th October 1958, art. 46. cl. 5, and art. 61. cl. 1.

⁵⁸ PRX » Piece » CBC – Sunday Edition: Justocracy www.prx.org/pieces/72-cbc-sunday-edition-justocracy, accessed: 2nd February of 2015.

Regarding the issue of initiatives, there is a clear bound between the French system, where the prime minister is obliged to refer qualified laws before the Council without discretion⁵⁹, and the other two approach, where an initiative is only facultative for the beginning of the review proceeding. We can classify initiatives on the basis of their binding force.

Finally, considerations of this chapter again demonstrate that a wide scope of qualified law would impose a disproportionate burden on the reigning government, therefore, the traditional principles of separation of powers and democracy would not prevail. The arguments based on separation of powers support a narrow coverage of qualified law, related to some institutional aspects, where the wide political consent is really necessary (for instance: the electoral system, and the fundamental principles of the organization of the state). With a restricted scope, the practical influence of the advantages of qualified law could be also reinforced, but the disadvantages could be played down. Therefore, as far as I am concerned, only some basic institutional matters shall be referred into the qualified domain, other possible fields, such as fundamental rights, or political matters shall be regulated by ordinary laws, and shall be protected by other mechanism (such as constitutional review, or international cooperation).

6. CONCLUSION

This contribution has opened up some new perspectives to conceptualize qualified law in the light of principle of democracy, and it has given some orientations for future constitution-drafting processes in this regard. Obviously, I have not targeted to build an exclusive concept, with all details. This study covers a particular comparative approach of qualified law accordingly, the conclusions are based on this analysis. The research of further aspects, especially within the comparative field would reveal several other valid points.

The main grounds of this research are strongly related to each other. I would demonstrate this through the scope of qualified law. Firstly, the scope of qualified law is strongly related to the historical functions assigned to this concept. Where the promotion of democratic transition was the essential purpose, the role of qualified majority in the protection of fundamental rights is stronger (Spain, and the original Hungarian model). In case of priority of stability, and consent requirement, institutional issues are more important.

⁵⁹ L'Ordonnance n° 38-1067 du 7 novembre 1958.

Secondly, the scope of qualified law would also have clear impact on the separation of powers. As a general remark, we can say that the basic rules of the organisation of state are adopted by a stricter procedure, especially by wider consent, and this would give some sort of stability for the political and administrative structure. Sometimes the relation between the central government and local entities are also concerned, as a separate aspect within separation of powers. For instance, the statutes of the Spanish autonomous communities or certain matters concerning overseas territories of France are covered by organic laws. What is more, the distribution of competences in the field of fundamental rights is remarkably different in countries, where the scope of qualified law includes these rights (like in Spain).

Another crucial achievement of the analysis is the requirement of precision as regard the relevant constitutional provisions. The legal nature of qualified law is evidently subject to interpretation, but some instruments could reduce the field of judicial considerations. Firstly, constitutional provisions from qualified law shall be drafted more precisely. In addition to this, we have to admit that the selection of qualified laws is not based on any clear principle. Theoretically, the significance of certain matters justifies this distinction, but in the the outcome of my research supports the idea that in the field of qualified law, a comparative analysis can provide quite valuable experience for future references from an existing theoretical setting. This paper argued for a narrower scope of qualified law, for a careful form of mandatory a priory constitutional review of qualified laws, and for the clarification of their constitutional and theoretical background. In light of the national context, the introduction of these policies may be slightly different, but as general standards these points may be appropriate to make compliance between the concept of qualified law, and the principle of democracy.

However, in the field of qualified law, the most relevant issue is the necessity of further extensive and deep professional discourse from this matter to seek more convenient solutions. This study would be a modest contribution to this process.

7. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- ARDANT, P., MATHIEU, B. (2014), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- AVRIL, P. (2010), *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Éditions Université Panthéon Assas, Paris.
- AVRIL, P., GICQUEL, J. (2014), *Droit parlementaire*, Dalloz, Paris.

- AVRIL, P., POURHIET, A.-M. (2008), *Représentation et représentativité*, Dalloz, Paris.
- AVRIL, P., SEILLER, B. (2010), *Le contrôle parlementaire de l'administration*, Dalloz, Paris.
- BIN, R., PITRUZZELLA, G. (2008), *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Turin.
- BLACHER, P. (2012), *Le Parlement en France*, LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- BODNÁR, E., MÓDOS, M. (2012), «A jogalkotás normatív kereteinek változásai az új jogalkotási törvény elfogadása óta», *KODIFIKÁCIÓ*, 1, 31-42.
- BONIME-BLANC, A. (2010), «Constitution Making and Democratization. The Spanish Paradigm», in L. E. Miller, L. Aucoin, (eds.), *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, USIP Press, 200, Washington, pp. 417-434.
- CAMBY, J.-P. (2008), «Les archives du Conseil constitutionnel: declaration d'indépendance», *Petites affiches*, 192, 6-14.
- (1998), «Quarante ans de lois organiques», *Revue de droit publique*, 5-6, 1686-1698.
- COMELLA, V. F. (2013), *The Constitution of Spain: A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland.
- CONVERSI, D. (2002), The Smooth Transition, in *National Identities*, 4:3, 223-244.
- DAVID, R. (1964), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris.
- DEBRÉ, M. (1959), «La nouvelle Constitution», in *Revue française de science politique*, 3, 7-29.
- ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (2007), *Cours suprêmes nationales et cours européennes: concurrence ou collaboration? In memoriam Louis Favoreu*, Bruylant, Bruxelles.
- JAKAB, A., SZILÁGYI, E. (2014), «Sarkalatos törvények a magyar jogrendszerben / Cardinal Laws in the Hungarian Legal System», in *Új Magyar Közigazgatás*, 7/2014, 96-110.
- JULIEN, T. (2010), *L'indépendance du Conseil Constitutionnel. PhD diss.*, Université libre de Bruxelles.
- LUCHAIRE, F., CONAC, G. (1987), *La Constitution de la Ve République*, Economica, Paris.
- MONTESQUIEU, C. S. B. (1748), The Spirit of the Laws, in www.ucc.ie/archive/hdsp/Montesquieu_constitution.pdf.
- POURHIET, A.-M. (2007), *Droit constitutionnel*, Economica, Paris.
- PRAKKE, L., KORTMANN, C., BRANDHOF, H. (2004), *Constitutional law of 15 EU member states*, Kluwer Law International, London, 743. *The Federalist*, no. 51.
- TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D. (2012), *Traite international de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris.
- TROPER, M. (2008), «Constitutional Law», in G. Berman, E. Picard (eds.), *Introduction to French Law*, Kluwer, Paris.
- VERPEAUX, M., MARYVONNE, B. (2007), *Le Conseil constitutionnel*, La documentation française, Paris.

LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿CRITERIO PARA RESOLVER UN CONFLICTO NORMATIVO?

VERÓNICA YAZMÍN GARCÍA MORALES*
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La cláusula de prevalencia en la Constitución española. 3. La prevalencia como regla de conflicto. 4. La doctrina del Tribunal Constitucional para la articulación normativa bases-desarrollo. 5. La prevalencia como criterio para resolver un conflicto normativo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO

La Constitución española en sus cuarenta años de vigencia ha configurado un sistema democrático sólido. Las democracias contemporáneas se encuentran, sin duda, en un contexto de especial complejidad, de tensiones políticas, sociales, culturales y económicas. La democracia española no es la excepción. Este panorama nos sitúa aún con mayor ahínco en la necesidad de

* Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona. veronicagarcia@ub.edu
La presente colaboración se elaboró y se presentó durante la estancia como Investigadora Visitante Posdoctoral en el Departamento de Derecho Administrativo en la Universidad Pompeu Fabra, (marzo-2018 a marzo-2019).

volver sobre aquellos aspectos que se formularon de manera abierta en la Constitución de 1978, y que hoy precisan de análisis, reflexión y estudio. Este es el caso del Título VIII, el de la organización territorial del Estado.

La distribución territorial del poder en el sistema autonómico español es una discusión que a día de hoy se mantiene abierta. Si bien es cierto que en estas cuatro décadas de vigencia de la Constitución se ha venido concretando el modelo competencial previsto por la misma, también lo es que hay cuestiones controvertidas que se mantienen o bien que han surgido a la luz del desarrollo del modelo autonómico.

La posibilidad de la descentralización política en España, que se ha materializado entre otros criterios a través del principio dispositivo, es hoy una realidad que no está desprovista de controversias. Los conflictos competenciales entre las distintas entidades territoriales se insertan allí donde se distribuye territorialmente el poder; sin embargo, es preciso que tanto la distribución del poder como la articulación de su ejercicio se lleven a cabo a través de criterios que eviten, en la medida de lo posible, constantes conflictos.

Es importante detenerse, por ello, en la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE. El debate doctrinal que se ha mantenido en torno a la aplicación de la cláusula de prevalencia prevista por la Constitución ha cobrado interés en los últimos años. En especial, a partir de la STC 102/2016, toda vez que, en esta sentencia, la cláusula de prevalencia se aplica como criterio para resolver un conflicto normativo, esto es, a diferencia de lo que se ha venido manteniendo por la doctrina del Tribunal Constitucional, «se considera correcta la inaplicación judicial de la ley autonómica que contradice la normativa básica». La articulación normativa del binomio bases-desarrollo es uno de los aspectos que mayor complejidad comporta para la articulación del ejercicio del poder por distintas entidades territoriales. Así, la aplicación preferente de una de las decisiones en conflicto, en atención a la cláusula de prevalencia, ha estado presente desde los inicios de la construcción jurisprudencial del modelo autonómico. En este sentido, la presente comunicación tiene como finalidad analizar la cláusula de prevalencia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2. LA CLÁUSULA DE PREVALENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La alusión a la prevalencia no se prevé de manera exclusiva en el texto constitucional. Distintas leyes sectoriales aplican la prevalencia como criterio para la articulación de distintas decisiones que se proyectan sobre el mismo es-

pacio físico¹. La CE, en su art. 149.3 CE, establece que «la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Es de destacar, así, tres elementos de este precepto constitucional: primero, la configuración de la cláusula de prevalencia como regla de conflicto; segundo, la trascendencia del tipo de competencias de cuyo ejercicio emanan las normas que entran en conflicto; tercero, y en todo caso, la primacía o preferencia del Derecho Estatal respecto al de las Comunidades Autónomas.

En lo que respecta a la presente comunicación es preciso centrarse en el primero de estos aspectos. Esto es, la cláusula de prevalencia como regla de conflicto. Mas es preciso señalar que, aun sin abordar el segundo elemento, el carácter exclusivo de la competencia autonómica es determinante al momento de articular dos decisiones – estatales y autonómicas – en atención a la cláusula de prevalencia.

3. LA PREVALENCIA COMO REGLA DE CONFLICTO

La naturaleza de la cláusula de prevalencia, según los términos bajo los que se formula en la CE, es de regla de conflicto. Esto es, el criterio de la prevalencia tiene como finalidad resolver las colisiones normativas que surgen en el ejercicio de competencias por distintas entidades territoriales. Por tanto, es oportuno precisar que no se trata, en ningún caso, de resolución de conflictos competenciales. Es decir, «no se conceptúa nunca como un principio de competencia sino de colisión entre normas» (Lasagabaster, 2019, 52). Aun cuando tiene una estrecha relación con el principio de competencia. Es decir, la aplicación de la cláusula de prevalencia tiene como presupuesto necesario que las normas que entran en conflicto se dicten bajo el ejercicio de competencias legítimas. Por lo que, en un primer momento, será necesario determinar si cada entidad territorial actúa dentro de los parámetros que establece su respectiva competencia, aplicando así el citado principio². Ahora bien, una vez superado este primer requisito, si persiste la tensión para aplicar una u otra norma, se hace necesaria la aplicación preferente de una de ellas, a fin de resolver el problema de aplicación, mas no de validez, de las normas en conflicto. Es impor-

¹ Un estudio detallado se puede ver en GARCÍA (2016).

² «El campo de aplicación de la cláusula de prevalencia hay que circunscribirlo, por tanto y ya desde este primer momento, a los supuestos en que se enfrentan dos normas que han sido dictadas dentro del respectivo ámbito competencial de cada ordenamiento» (CANTERO, 1996, 132).

tante no confundir el tipo de conflicto que se resuelve mediante la aplicación de la cláusula de prevalencia. De lo contrario, se puede llegar a conclusiones que no son del todo acordes a la verdadera naturaleza de esta cláusula prevista en la Constitución española³.

El conflicto que se resuelve mediante el criterio de la prevalencia se refiere únicamente al ámbito del ejercicio del poder y no al de la atribución del mismo. Si bien es cierto que la distinción entre conflictos normativos – como ejercicio de poder – y competenciales – en cuanto a la atribución de potestades – en algún supuesto se torna compleja, es preciso no confundirlos y, cuanto menos, equipararlos. Es decir, el conflicto que se produce como consecuencia de la extralimitación del ejercicio de una competencia no es un conflicto normativo propiamente dicho, sino más bien se trata de un conflicto estrictamente competencial, que se resuelve mediante la aplicación del principio de competencia⁴. Por esta razón, si se parte de la idea de que todos los conflictos normativos se resuelven mediante el principio de competencia, el problema se reduce, en exclusiva, a una cuestión de validez de las normas en tensión. Pero el supuesto de hecho para la aplicación de la cláusula de prevalencia va más allá de la validez de las normas – o decisiones – en conflicto.

En términos más precisos, aun cuando cada entidad territorial actúa dentro del margen de su título competencial, es posible que las decisiones que adoptan entren en conflicto. En este caso, no se trata de un problema de validez, sino de aplicación de las normas que colisionan. Sin embargo, la asimilación de los conflictos normativos a tensiones de carácter competencial es frecuente. Así, esta es sólo una de las causas por la que no se acude a la aplicación de este criterio previsto en el art. 149.3 de la Constitución española, lo cual no significa, como considera algún sector de la doctrina (Arroyo, 2007), que la

³ «Insisto, pues, en que la prevalencia (o, en su caso, la jerarquía) como criterio único de solución de conflictos competenciales o normativos convierte en inútil el reparto constitucional o contractual de competencias, ya que éste, para tener sentido, ha de resultar indisponible, en su esencia, al menos, frente a la voluntad de una sola de las partes» (ARROYO, 2007, 418). No comparto el criterio del autor, fundamentalmente por dos razones. La primera de ellas porque parte de la premisa de que todo conflicto o tensión entre normas tiene su origen en el ámbito competencial y, por tanto, resuelve el conflicto aplicando, en todo caso, el principio de competencia. «Desde la perspectiva aquí mantenida, toda colisión normativa es reflejo de un conflicto competencial y, en consecuencia, no parece que tenga mucho sentido ofrecer solución a la primera, dejando el segundo intacto» (ARROYO, 2007, 432). La segunda razón, que se desprende de la anterior, se debe a que ni siquiera se contempla la posibilidad de un conflicto de intereses. Esto es, la tensión entre dos decisiones válidas que emanan, por ejemplo, del ejercicio de competencias concurrentes que se proyectan sobre el mismo espacio físico. Al respecto, se entiende que «todas las competencias por definición son exclusivas» y, por tanto, una vez que las competencias se encuentran bien definidas, no existe posibilidad de tensión en su ejercicio.

⁴ En este sentido, es posible que un conflicto de competencias se instaure en el ámbito normativo (artículo 61 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional); sin embargo, esto no significa que todo conflicto normativo tenga su origen en una extralimitación competencial.

cláusula de prevalencia sea inoperante y contraria al sistema de distribución de competencias prevista constitucionalmente. Más bien, se ha marginado la aplicación de la prevalencia al negarse la existencia de su presupuesto de hecho. Esto es, el conflicto entre dos normas válidas, estatales y autonómicas, con vocación de aplicación directa. Así, se señala que el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha marginado la aplicación de la cláusula de prevalencia (SSTC 76/1983; 163/1995; 13/1998. Tejedor, 2000).

Los supuestos para la aplicación de la cláusula de prevalencia se han centrado, sobre todo, en dos ámbitos bien diferenciados. Por un lado, a la concurrencia de competencias en sentido estricto, esto sería la articulación de decisiones en el ámbito de la cultura. Por otro lado, a la articulación entre la relación bases-desarrollo, en el supuesto de contradicción sobrevenida de la norma autonómica de desarrollo respecto de la norma básica estatal. El Tribunal Constitucional en este sentido ha sido determinante al rechazar la inaplicación judicial de normas autonómicas, al resolver el conflicto normativo que, de acuerdo a su doctrina, sitúa su origen en una cuestión competencial que lleva a declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma autonómica.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA LA ARTICULACIÓN NORMATIVA BASES-DESARROLLO

La relación que se establece entre la legislación básica y la de desarrollo se debe, especialmente, a que, al dictarse cada norma, en virtud del ejercicio de una potestad, a la vez se delimita el alcance de otra competencia (Lasagabaster, 1991). Así, y aunque la función de la legislación básica es la de garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, a fin de preservar el interés general que de acuerdo con la Constitución española subyace bajo esta competencia, la legislación básica desempeña una función importante en la delimitación, mas no atribución⁵, de competencias autonómicas⁶.

⁵ «Las competencias autonómicas son, sin duda, de atribución estatutaria, no legislativa, y las del Estado, por su parte, no debieran ser vista como unas “competencias sobre las competencias” llamadas a deslindar, sin control, los ámbitos de intervención normativa de cada ente, pero ninguna de estas consideraciones empaña la evidencia de que la determinación expresa del carácter básico del Derecho estatal manifiesta una delimitación competencial que no es “efecto”, sino objeto propio y exigible, de la normación del Estado» (JIMÉNEZ, 1989, 84).

⁶ «Consiguientemente, las Leyes básicas, en la medida en que vienen a fijar el alcance preciso del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar legítimamente sus competencias, operan como canon en el control de constitucionalidad de las Leyes autonómicas» (STC 163/1995, FJ: 4).

Por su parte, el límite de la competencia autonómica, al establecer la legislación de desarrollo, viene determinado directamente por el contenido de la legislación básica estatal. Es decir, las Comunidades Autónomas no pueden contradecir la normativa que el Estado dicte con carácter básico. Esta dinámica en el ejercicio de competencias normativas compartidas ha venido generando constantes tensiones. Por ello, la complejidad para resolver y distinguir los conflictos que se producen, tanto en lo que se refiere a la titularidad como al alcance en el ejercicio de cada potestad, es mayor que en el ejercicio de competencias materiales distintas. En este sentido, el Tribunal Constitucional había venido considerando que en todos los casos de contradicción entre normas básicas y de desarrollo se estaba ante un conflicto competencial, por lo que declaraba la nulidad de la norma que la entidad territorial dictaba fuera de su ámbito de competencias. La jurisprudencia constitucional no aplicaba, en ningún caso, la cláusula de prevalencia del art. 149.3 constitucional a las relaciones entre normas básicas y de desarrollo. Se aplicaba, en todo caso, el principio de competencia⁷. Esto es, se trataba como un conflicto de competencias que tiene su origen en las normas que se dictan por diferentes entidades territoriales, como parte de dos potestades legislativas que, aunque distintas en su contenido y alcance, se proyectan sobre una misma materia. Así, en un primer momento, el Tribunal Constitucional determina que el carácter básico de la normativa estatal se ajusta a las bases constitucionales⁸ y, posteriormente, determina la validez de la normativa autonómica en relación con la legislación básica estatal⁹.

⁷ En este sentido, se señala que «toda colisión normativa es reflejo de un conflicto competencial». Esto es, partiendo del presupuesto de que «todas las competencias por definición son exclusivas», el principio de competencia excluye cualquier otro criterio para solucionar conflictos competenciales. En estos términos, «los principios de primacía o prevalencia y de competencia o atribución, como criterios de solución de los conflictos competenciales que eventualmente se produzcan en un Estado territorialmente descentralizado, se excluyen entre sí» (ARROYO, 2007, 415 y ss).

⁸ «Comprobar que la norma estatal que se propone como canon de constitucionalidad tiene ese proclamado carácter básico atendiendo a las competencias que corresponden al Estado, puesto que la disposición autonómica únicamente vulnerará el orden constitucional de distribución de competencias cuando el propio precepto estatal es respetuoso con dicho orden» (STC 88/2010, FJ: 4).

⁹ De la jurisprudencia constitucional se desprenden estos dos elementos. Por una parte, que el carácter básico de la normativa en cuestión se ajuste a los parámetros constitucionales y, por otra, que la vulneración de la normativa básica se traduce en un supuesto de inconstitucionalidad de carácter mediano o indirecto. SSTC 151/1992, FJ: 1; 163/1995, FJ: 5; 166/2002, FJ: 3; 87/2009, FJ: 2; 88/2010, FFJJ: 4 y 6. «Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa» (SSTC 162/2009, FJ:2; 113/2010, FJ:2).

En diversas materias así es como ha venido resolviendo estos conflictos el Tribunal Constitucional (planificación general de la actividad económica, art. 149.1.13.^a CE: STC 88/2010; régimen jurídico de las administraciones públicas, art. 149.1.18.^a CE: STC 162/2009; medio ambiente, art. 149.1.23.^a CE: STC 7/2012). Es oportuno insistir en que para la jurisprudencia constitucional el momento en que se produce la contradicción entre la legislación básica y las normas de desarrollo no había tenido relevancia a efectos de definir el tipo de conflicto. Se había definido, en todo caso, como un conflicto normativo que tiene su origen en una extralimitación competencial (STC 162/2009, FJ: 6). «Es claro, por tanto, que la colisión normativa sólo se producirá en la medida en que una de las normas se extralimite competencialmente» (Fernández, 2000, 103). Como consecuencia de lo anterior, en los conflictos que se han establecido entre la legislación básica y la de desarrollo el Tribunal Constitucional no admitía la aplicación de la cláusula de prevalencia constitucional¹⁰.

5. LA PREVALENCIA COMO CRITERIO PARA RESOLVER UN CONFLICTO NORMATIVO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las bases no son inamovibles, aun cuando por su propia esencia tienen vocación de estabilidad. El carácter evolutivo del derecho, así como de sectores como el de la economía, hacen que lo básico tenga un carácter dinámico (SSTC 135/1992, FJ: 2; 133/1997, FJ: 8.b.). La modificación posterior de la legislación básica estatal no comporta, así, una extralimitación en el ejercicio de su competencia. Es, más bien, parte esencial de dicha competencia¹¹. No obstante, para la Comunidad Autónoma supone una extralimitación en el ejercicio de su competencia de desarrollo. Como ya se ha visto, la jurisprudencia constitucional no ha distinguido entre contradicción originaria y sobrevenida

¹⁰ Así, en cuanto a la contradicción sobrevenida, el Tribunal Constitucional establece que «la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas cuestionadas con las nuevas bases adoptadas por el legislador estatal determina la actual inconstitucionalidad de aquellas disposiciones originariamente respetuosas del orden constitucional de distribución de competencias» (SSTC 1/2003, FJ: 9; 66/2011, FJ: 4). El Tribunal Constitucional resuelve el conflicto aplicando el principio de competencia. Un estudio completo sobre la evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo se puede ver en MONTILLA (2018).

¹¹ «De este modo, si se reconoce que el Estado tiene la competencia para desarrollar las bases en una determinada materia, esa competencia integra la capacidad para modificar la regulación básica, de modo tal que el ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo no puede bloquear esa capacidad de revisión por parte del Estado, bajo el argumento de que la nueva normativa básica va contra los dictados de las disposiciones autonómicas previas» (SSTC 158/2011, FJ: 3; 99/2012, FJ: 2.b; 146/2013, FJ: 4).

para resolver el conflicto normativo entre bases-desarrollo. En todo caso, declaraba la nulidad de la norma autonómica de desarrollo.

En la relación bases-desarrollo ya se había señalado que es imprescindible distinguir el momento en que se produce la contradicción entre normas básicas y normas de desarrollo. Así, se pueden establecer dos supuestos distintos. En primer lugar, cuando la normativa autonómica que contradice a la legislación básica estatal es posterior a ésta y, en segundo lugar, cuando se está ante una contradicción sobrevenida de la legislación de desarrollo con motivo de la modificación de la legislación básica existente.

En el primer escenario de las relaciones entre normativa básica y de desarrollo, el principio de competencia tiene especial protagonismo. Su aplicación en este supuesto, en mi opinión, no plantea dudas al respecto. En este sentido, si la legislación básica ya se encuentra establecida, las Comunidades Autónomas, al dictar la legislación de desarrollo, deberán observar lo que el legislador estatal haya determinado. El ámbito competencial estatal y autonómico ya se encuentra definido, por lo que si la Comunidad Autónoma contradice la normativa básica estaría vulnerando el orden de distribución competencial constitucionalmente establecido¹². Esta es la solución a la que llega el Tribunal Constitucional, la cual se centra en verificar si cada entidad territorial ha actuado dentro de los límites de su competencia. Se trata, pues, de determinar la validez de la normativa de desarrollo en relación con la legislación básica desde una perspectiva competencial.

En el segundo escenario, por su parte, está el supuesto en el que la legislación autonómica de desarrollo es conforme con la legislación básica estatal; sin embargo, por una modificación de la ley de bases del Estado la legislación autonómica de desarrollo resulta, de manera sobrevenida, contraria; es decir, se produce una colisión estrictamente normativa entre la decisión autonómica y la estatal. Así, y como ya se había planteado en algún sector de la doctrina, así como en la jurisprudencia judicial¹³, la solución a este conflicto puede es-

¹² «La eventual vulneración de la normativa básica determinará que nos encontremos ante un supuesto de lo que hemos denominado una inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, puesto que la normativa autonómica será contraria al orden de distribución de competencias por infringir la normativa estatal básica» (STC 88/2010, FJ:4). Es decir, dicha inconstitucionalidad no deriva de la incompatibilidad directa de las disposiciones impugnadas con la Constitución, sino de su eventual contradicción con preceptos básicos estatales (STC 7/2012, FJ: 3).

¹³ Así, en la doctrina del TS se ha planteado la aplicación judicial de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE (SSTS de 9 de diciembre de 2008, Recurso de Casación 7459/2004; 14 de octubre de 2009, Recurso de Casación 5988/2005; de 13 de julio de 2012, Recurso de Casación 207/2011; de 28 de junio de 2012, Recurso de Casación 3013/2010). En este sentido, el TC ha señalado que la inaplicación judicial de la norma autonómica vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Se puede observar, así, como el criterio que sigue el TS para

tablecerse mediante la aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 de la Constitución española ¹⁴.

Se identifican, en este caso, los elementos que configuran el ámbito de aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en la Constitución española. Si se parte del tipo de competencias, las Comunidades Autónomas ejercen una competencia legislativa compartida con el Estado sobre una determinada materia, donde a cada entidad territorial le corresponde una «función exclusiva» ¹⁵. Ahora bien, una vez que el contenido de la legislación de desarrollo se determina, en gran medida, por lo que se establezca en la legislación básica será ésta la que, en todo caso, prevalezca respecto de la autonómica. Hasta aquí podría decirse que se sitúa el ámbito de aplicación de la cláusula de prevalencia en los términos del art. 149.3 de la Constitución española.

La cláusula de prevalencia, en el caso de contradicción sobrevenida, es un criterio útil para el operador jurídico en la selección de la norma aplicable, sin que sea necesario acudir a la jurisdicción constitucional ¹⁶, ya que se parte de la premisa de que ambas normas son conforme al orden de distribución de competencias (Tornos, 1991, 35). La STC 102/2016 recoge este criterio ¹⁷ e

la aplicación de la cláusula de prevalencia dista, en gran medida, de la doctrina del TC (SSTC 66/2011, FJ: 4; 187/2012, FJ: 14; 177/2013, FJ: 8). A partir de las últimas sentencias del TC, se matiza la doctrina mantenida por el TS cuando señala que «al seleccionar la norma aplicable al caso, sin incluir ningún juicio de eventual [in] constitucionalidad de normas autonómicas, no excedemos nuestro cometido» (SSTS de 19 de diciembre de 2013, Recurso de Casación 880/2011; de 27 de febrero de 2014, Recurso de Casación 5116/2011).

¹⁴ En realidad, se pueden ubicar tres opiniones distintas. En primer término, aquella que considera «posible otorgar a la cláusula de prevalencia un modesto papel dentro de nuestro sistema, concretamente una función útil para resolver los conflictos en los supuestos de concurrencia imperfecta, esto es, en los casos de relación legislación básica - legislación de desarrollo» (TORNOS, 2000, 90 y ss). En segundo lugar, aquella que niega cualquier función al criterio de la prevalencia. Esto es, que «donde hay competencia no queda lugar para la prevalencia» (ARROYO, 2009, 207). En tercer lugar, aquella que confiere al criterio de prevalencia una función para la solución de conflictos en el ejercicio de competencias, aunque no en el ámbito de las bases-desarrollo, sino en el de competencias materiales concurrentes (cultura) y competencias horizontales (DE LA QUADRA-SALCEDO, 2007 y 2009).

¹⁵ «Cuando el bloque de la constitucionalidad utiliza el binomio “bases-desarrollo legislativo” como criterio para distribuir competencias, lo que está haciendo es repartir entre los entes implicados dos tipos de funciones (la de dictar bases y la de dictar normas de desarrollo), no está distribuyendo partes de materia (lo básico y lo residual). Desde esta perspectiva el criterio bases-desarrollo legislativo es un criterio funcional, no material, de reparto de competencias». Viver Pi i Sunyer, Carles, Voto particular a la STC 204/1993.

¹⁶ En este sentido, «la tesis del TS pretende una resolución más rápida y aligera la sobrecarga del TC, pero comporta relevantes y graves riesgos, con padecimiento de la seguridad jurídica, ya que quiebra el modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes reservado al TC, cualquier órgano judicial – no sólo el TS – podría inaplicar una ley autonómica con el consiguiente peligro de disparidad de criterios entre órganos judiciales, e incluso un órgano judicial puede declarar una contradicción internormativa inexistente o dudosa» (RAZQUÍN, 2012).

¹⁷ «El art. 149.3 CE es un precepto destinado no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas y que no hayan de resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas», FJ: 6.

inadmite la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea por la colisión entre las bases y su desarrollo. La colisión no se resuelve, por tanto, en términos de validez sino de eficacia. Así, señala expresamente que se aparta de su doctrina anterior «en un caso como el que da origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad en que la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica» FJ:2. Esto es, el supuesto de contradicción sobrevenida.

En la STC 102/2016 se desprenden tres requisitos que se han de observar para aplicar la cláusula de prevalencia del art. 149.3 de la Constitución española. Primero, que se trate de un supuesto de contradicción sobrevenida; segundo, que la legislación autonómica no haya hecho sino que reproducir la legislación básica y, tercero, que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado a favor de esta norma básica. Estos tres elementos se dan en el supuesto de la STC 102/2016. No obstante, la STC 204/2016 generaliza la aplicación de la cláusula de prevalencia, ya que en este caso no se había dictado la legislación básica (FJ: 3). Esta modificación de la doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «supone un salto cualitativo» del criterio estrictamente competencial que hasta ahora se había expuesto en torno a la relación bases-desarrollo (Alonso, 2017)¹⁸.

6. CONCLUSIÓN

La aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en el art. 149.3 de la Constitución española por las SSTC 102 y 204 de 2016 supone un cambio de especial relevancia en lo que a la articulación del ejercicio del poder se refiere. Así, como lo han destacado estas dos sentencias, «el art. 149.3 CE proporciona una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas puedan desarrollarse con fluidez».

El ámbito de aplicación de la prevalencia requiere de observar el principio de competencia, el cual determina que ambas normas se circunscriben al ámbito que les corresponde. Sólo así el criterio de la prevalencia tiene posibilidad de señalar qué norma se aplica. En este sentido, la aplicación de la cláusula de prevalencia no otorga un plus competencial al ámbito de poder que ya ha sido otorgado por la Constitución española y los Estatutos de Autonomía.

¹⁸ Un análisis crítico de estas sentencias se puede ver tanto en sus respectivos votos particulares, como en el estudio de DE LA QUADRA-SALCEDO (2017).

Por tanto, más que tratarse de una técnica de distribución territorial de poder, se configura como criterio para articular el ejercicio del poder por distintas entidades territoriales, en este caso a través del establecimiento de normas (bases-desarrollo). Es importante reiterar el presupuesto de aplicación de la cláusula de prevalencia, sobre todo, porque es preciso tener en cuenta que la inaplicación judicial de la norma autonómica de desarrollo presenta no pocas dificultades en torno a las potestades de los órganos judiciales en la selección de la norma aplicable. De ahí que sea preciso analizar, desde esta perspectiva, la configuración competencial a través del binomio bases-desarrollo y su efectiva articulación.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MAS, M. J. (2017), «De nuevo sobre la prevalencia del Derecho estatal y la inaplicación judicial del Derecho autonómico», en *Revista de Administración Pública*, 203, 235-265.
- ARROYO GIL, A. (2007), «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 80, 407-435.
- (2009), «Una concepción de los principios de competencia y prevalencia en el estado autonómico español», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 195-217.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (1996), «Nuevas reflexiones sobre la cláusula de prevalencia», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 26, 115-150.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2007), «Delimitación de competencias y principio de prevalencia», en Pérez Tremps, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Madrid.
- (2009), «Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el estado autonómico», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, 209-238.
- (2017), «La reanimación de la prevalencia. ¿Una grieta abierta en nuestro modelo centralizado de justicia constitucional?», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 307-340.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2000), «El principio de prevalencia del derecho estatal», en AA. VV., *Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 99-109.
- GARCÍA MORALES, V. Y. (2016), *Prevalencia en la planificación territorial* [tesis doctoral], Universidad Autónoma de Madrid, disponible en: <http://hdl.handle.net/10486/671680>.

- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1989), «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el Estado Autónomo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 39-92.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (1991), *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho Estatal respecto al Derecho Autónomo*, Civitas, Madrid.
- (2019), *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2018), «La evolución de las competencias compartidas bases-desarrollo», en *Revista de Derecho Político*, 101, 573-605.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A. (2012), «A vueltas con la cláusula de prevalencia del derecho estatal: sobre la inaplicación judicial de leyes autonómicas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10.
- TEJEDOR BIELSA, J. C. (2000), *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*, Civitas, Madrid.
- TORNOS MAS, J. (1991), «Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la ley de bases. La cláusula de prevalencia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 33, 29-45.
- (2000), «El principio de prevalencia del Derecho Estatal», en AA. VV., *Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 87-124.

LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA VS LEGITTIMAZIONE FUNZIONALE E PROCEDURALE DEL POTERE NORMATIVO: IL CASO DELLE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC

FRANCESCA POLACCHINI*
Alma Mater Studiorum. Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive: le linee guida vincolanti dell'Anac al cospetto della teoria del sistema delle fonti e dell'architettura costituzionale della forma di governo. 2. Poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti e forma di governo. 3. Le linee guida vincolanti dell'Anac e il principio di legalità sostanziale. 4. Legittimazione procedurale e legittimazione «da funzione» del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti. 5. Il dibattito sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti in Spagna: cenni. 6. Conclusioni. 7. Riferimenti bibliografici.

1. OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE: LE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC AL COSPETTO DELLA TEORIA DEL SISTEMA DELLE FONTI E DELL'ARCHITETTURA COSTITUZIONALE DELLA FORMA DI GOVERNO

La recente attribuzione all'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) della facoltà di adottare linee guida vincolanti ha riportato all'attenzione dello studioso il tema dei poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti. In questa

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna.

prospettiva, il lavoro intende esaminare la natura e il ruolo delle linee guida vincolanti dell'Anac, esempio paradigmatico di fonte normativa non prevista in Costituzione, di problematico inquadramento nell'ambito della teoria delle fonti e manifestazione di una traiettoria evolutiva che sta interessando i processi di produzione normativa di cui occorre ricostruire la genesi e in chiave prospettica gli esiti non solo sul sistema delle fonti, ma altresì sull'assetto della forma di governo.

La legge delega 11/2016 ha attribuito all'Anac importanti poteri normativi di cui prima non disponeva, precisamente ha affidato alla stessa l'adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo, ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante. Nell'esercizio della delega il Governo, mediante il d.lgs. 50/2016 e il d.lgs. 56/2017, ha affidato alle linee guida dell'Anac la disciplina di profili non meramente tecnici delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tra cui compaiono la definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione e del regime delle SOA (società organismo di attestazione). Si tratta di settori della disciplina dei contratti pubblici che sottendono valutazioni di ampio respiro, in certa misura di natura politica, e comunque non caratterizzate in modo pregnante ed esclusivo da quell'elevata tecnicità e settorialità che giustificano l'affidamento della regolamentazione della materia ad un'autorità diversa dall'organo facente parte del circuito politico-rappresentativo, segnatamente il Governo. La novella legislativa offre quindi una preziosa occasione di riflessione sull'attuale capacità di tenuta del sistema formale di produzione delle fonti di rango secondario come risultante dalla normativa costituzionale e ordinaria (Deodato, 2018). Come osservava Livio Paladin, «la problematica delle fonti e le risposte offerte alle innumerevoli questioni riguardanti il regime dei vari tipi di atti e fatti normativi interferiscono assai da vicino con i temi componenti il cuore del diritto costituzionale tradizionalmente inteso: cioè con gli assetti della forma di governo e della stessa forma di Stato. I rapporti tra gli organi di vertice dello Stato-apparato risentono profondamente dei criteri con i quali viene ripartito ed esplicato – non solo e non tanto sulla carta bensì nelle reali esperienze giuridiche – il potere di rinnovare l'ordinamento, soprattutto per ciò che riguarda i livelli più alti del sistema» (Paladin, 1996, 9). In ossequio a tale insegnamento, si ritiene che il fenomeno oggetto di indagine debba essere ricostruito interrogandosi sugli effetti che esso esercita sia sull'ordinamento giuridico sia sul sistema istituzionale, ovvero con riguardo ai riflessi che genera sulle tradizionali costruzioni teoriche che concepiscono le fonti come un sistema e sulla perdita di centralità degli organi democraticamente legittimati, segnatamente del Parlamento e del Governo, nelle dinamiche di produzione normativa.

2. POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E FORMA DI GOVERNO

Le autorità amministrative indipendenti compongono un quadro complesso e variegato che ha cominciato a definirsi a partire dagli anni Ottanta con la creazione della CONSOB (legge 216/1974), alla quale è seguita l'istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (legge 249/1997), dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (legge 287/1990), della Commissione di Garanzia sullo Sciopero nei Servizi pubblici essenziali (legge 149/1990), dell'Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (legge 39/1993), della Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione (legge 124/1993), dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (legge 109/1994), dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas (legge 481/1995), del Garante per la Protezione dei Dati personali (legge 675/1990) e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (d.l. 101/2013, d.l. 90/2014).

La varietà degli organismi menzionati ha fatto emergere alcune difficoltà di inquadramento degli stessi nell'ambito della tradizionale architettura istituzionale dello Stato di diritto, trattandosi di organismi insuscettibili «di rientrare in una delle partizioni tradizionali delle funzioni e dei poteri pubblici» (Labriola, 1999, 2). Al di là delle differenze che intercorrono tra le diverse *Authorities*, si ravvisa nelle stesse un peculiare modello di azione e di organizzazione amministrativa chiamato a svolgere, in piena autonomia, compiti di regolazione e/o vigilanza in ambiti la cui gestione richiede un elevato grado di competenza tecnica (Titomanlio, 2017). Queste autorità di settore si pongono nei confronti del potere politico, segnatamente del governo nelle sue diverse componenti organizzative, in una relazione di indipendenza, da cui discende la sottrazione delle stesse al potere di indirizzo e controllo che il governo esercita sulle singole manifestazioni e articolazioni della pubblica amministrazione. Ciò comporta che il governo non possa rispondere davanti al Parlamento dell'operato di queste amministrazioni, del loro funzionamento (se non per alcuni limitati aspetti) e dei risultati della loro azione. Esse sono, come ogni altra pubblica amministrazione, sottoposte alla legge e operano nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge, ma, a differenza di quanto avviene per la generalità degli enti facenti parte dell'apparo burocratico-amministrativo, non sono soggette alla direzione politica del governo (Cerulli Irelli, 2009). In altri termini, sfuggono alle dinamiche dei rapporti tra politica e amministrazione sottese all'art. 95 Cost., che individua un modello di P. A. sottoposta alla direzione e alla responsabilità ministeriali. Questi organismi si pongono, dunque, in un rapporto di tensione con la menzionata norma costituzionale nella misura in

cui quest'ultima, affidando al Presidente del Consiglio il compito di mantenere «la unità di indirizzo politico e amministrativo» e contemplando la responsabilità dei ministri per gli atti dei «loro» dicasteri, stabilisce un legame stringente tra l'indirizzo politico e quello amministrativo «con evidente strumentalità del secondo al primo» (Bognetti, 2001; Clarich, 2005; Merusi & Passaro, 2011). Come è stato osservato, nel sistema accolto dalla Costituzione italiana la politica e l'amministrazione sono collegate mediante le forme del controllo-direzione e della responsabilità e «l'amministrazione deve piegarsi a dare esecuzione (pur mantenendo un certo ambito di discrezionalità) alle direttive generali del potere politico» (Martines, 2017, 380). Come chiarito dalla Corte costituzionale in una risalente pronuncia resa a seguito della proposizione di un conflitto di attribuzioni interorganico (sent. n. 7/1996), nella forma di governo italiana Parlamento e Governo concorrono allo svolgimento della funzione di indirizzo politico, della cui attuazione sono responsabili collegialmente il Governo e individualmente i singoli ministri, ex art. 95 Cost. Seguendo le parole del Giudice delle leggi, «L'attività collegiale del Governo e l'attività individuale del singolo ministro – svolgendosi in armonica correlazione – si raccordano all'unitario obiettivo della realizzazione dell'indirizzo politico a determinare il quale concorrono Parlamento e Governo. Al venir meno di tale raccordo, l'ordinamento prevede strumenti di risoluzione politica del conflitto a disposizione tanto dell'esecutivo, attraverso le dimissioni dell'intero Governo ovvero del singolo ministro, quanto del Parlamento, attraverso la sfiducia, atta ad investire, a seconda dei casi, il Governo nella sua collegialità ovvero il singolo ministro, per la responsabilità politica che deriva dall'esercizio dei poteri spettantigli». Le autorità amministrative indipendenti si inseriscono in tale circuito determinando sia la rottura della tradizionale unità del potere esecutivo sia un allentamento del legame che collega l'elaborazione dell'indirizzo politico alla fase amministrativa di attuazione dello stesso. Esse incarnano, dunque, un modello organizzativo alternativo di P. A., posta al di fuori del classico circuito democratico-rappresentativo e al riparo dall'indirizzo politico governativo, che non può condizionarne le funzioni (Grasso, 2006; Giuffrè, 2016). Da ciò tuttavia non discende come logico corollario l'estraneità delle amministrazioni indipendenti rispetto all'assunzione di «decisioni politiche» nell'ambito delle materie alle stesse affidate in ragione della loro competenza specialistica, come è limpidamente testimoniato dalle materie nelle quali all'Anac è stato riconosciuto il potere di adottare linee guida di natura vincolante.

3. LE LINEE GUIDA VINCOLANTI DELL'ANAC E IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ SOSTANZIALE

Come anticipato in sede di introduzione, nell'esercizio della delega di cui alla legge 11/2016, il Governo ha affidato alle linee guida dell'Anac la disciplina di profili non meramente tecnici delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali compaiono la definizione del sistema di qualificazione delle imprese, dei requisiti di partecipazione alle procedure e del regime delle SOA (società organismo di attestazione), conferendo così a questo tipo di fonte atipica un ruolo strategico, nella misura in cui di fatto limiterà, o quanto meno condizionerà, l'accesso degli operatori al mercato degli appalti pubblici e, in ultima analisi, lo stesso esercizio di libertà costituzionali, segnatamente della libertà di iniziativa economica privata. Le linee guida che definiscono, per gli appalti di lavori, gli ambiti sopra menzionati rivestono quei caratteri di generalità e astrattezza che caratterizzano la produzione normativa regolamentare propriamente intesa, a cui si aggiunge l'assenza di quell'elevata tecnicità e settorialità che giustificano l'affidamento della regolazione della materia ad un'autorità tecnica diversa dal Governo.

Invero, come ha rilevato il Consiglio di Stato nel parere 1767/2016, le linee guida sono articolabili in più atti: a) quelle approvate con decreto ministeriale, b) quelle vincolanti adottate dall'Anac e c) quelle non vincolanti (sempre adottate dall'Anac). L'indagine sviluppata nel presente lavoro sarà circoscritta alle linee guida vincolanti adottate dall'Anac, trascurando gli altri tipi per i quali non emergono difficoltà d'inquadramento. Le linee guida oggetto di recepimento con decreto ministeriale non sollevano problemi ricostruttivi, dovendo essere inserite tra i regolamenti ministeriali, che seguono quindi lo schema procedimentale previsto dall'art. 17, legge 400/1988, mentre quelle non vincolanti sono riconducibili ad atti di indirizzo. Le linee guida vincolanti invece sollevano difficoltà ricostruttive del tutto peculiari e inesplorate. Le soluzioni astrattamente possibili sono diverse e comportano diversi effetti con riguardo al rapporto con le altre fonti del diritto, segnatamente con i regolamenti governativi e con la legge. Si impone quindi lo svolgimento di alcune riflessioni volte a proporre una qualificazione giuridica per questo atto atipico, sconosciuto al tradizionale assetto dei modelli di produzione del diritto. Oltre a creare incertezze e sollevare difficoltà ricostruttive con riferimento al sistema delle fonti del diritto, l'attribuzione all'Anac del potere di adottare linee guida vincolanti ha ripercussioni sul versante della forma di governo e sul ruolo degli organi democraticamente legittimati nell'assolvimento di compiti decisionali generali nella materia della tutela degli interessi pubblici. Il conferimento di funzioni normative ad un'istituzione di natura tecnica non derivata neppure indirettamente dagli organi rappresentativi e rispetto a questi neutrale e indipendente

ha determinato un trasferimento di responsabilità decisive in ambiti di disciplina che presuppongono valutazioni di ampio respiro, contenutisticamente complesse e comunque non confinabili a scelte di natura eminentemente tecnica. La connotazione non meramente tecnica della potestà normativa attribuita all'Anac emerge dalla considerazione dei settori nei quali le linee guida sono chiamate ad intervenire, dettando norme destinate a sostituire la precedente disciplina adottata con regolamento del Governo. Per avere contezza della portata dello strumento è utile osservare che le linee guida sono chiamate a definire i compiti e gli specifici requisiti di professionalità del Responsabile unico del procedimento (RUP) (art. 31, comma 5, d.lgs. 50/2016)¹, le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure sotto-soglia e delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici (art. 36, comma 7, d.lgs. 50/2016)², l'individuazione dei mezzi di prova da considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione dalle gare per le situazioni previste al comma 5, lett. c), dell'art. 80 ovvero di quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative a tali fini (art. 80, comma 13, d.lgs. 50/2016)³, l'individuazione delle modalità e della tipologia di atti di controllo da parte del direttore dei lavori (art. 111), le modalità di verifica del rispetto della quota minima di affidamento con procedura di evidenza pubblica delle prestazioni oggetto delle concessioni affidate in via diretta a società *in house* (art. 177, comma 1)⁴, la disciplina delle modalità attraverso cui le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere alla predisposizione e all'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo sull'attività degli operatori economici (art. 181, comma 4)⁵, l'individuazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, consistenti in un'adeguata

¹ In attuazione del presente comma sono state approvate le linee guida Anac n. 3 del 26 ottobre 2016 n. 1096. Le linee guida n. 3 sono state modificate con provvedimento Anac 11 ottobre 2017.

² In attuazione del presente comma sono state approvate le linee guida Anac n. 4 del 26 ottobre 2016 n. 1097, recanti Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici. Le Linee Guida n. 4 del 26 ottobre 2016 sono state rettifiche con delibera 30 novembre 2016 e aggiornate con delibera n. 206 del 1° marzo 2018.

³ In attuazione di tale disposizione sono state adottate le linee guida n. 6 del 16 novembre 2016, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati a delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5 lett. c) del Codice». Le Linee guida n. 6 sono state rettifiche dapprima con delibera 18 gennaio 2017 e successivamente con provvedimento 11 ottobre 2017.

⁴ In relazione al comma 1 sono state approvate le linee guida n. 11 del 4 luglio 2018, recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice non affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea».

⁵ In attuazione di tale disposizione sono state adottate le linee guida n. 9 del 28 marzo 2018.

capacità economica e finanziaria, in un'adeguata idoneità tecnica e organizzativa e in un adeguato organico tecnico e dirigenziale (art. 197) (Giuffrè, 2017).

Invero, il Consiglio di Stato, nel parere 1767/2016, ha qualificato le linee guida dell'Anac come atti amministrativi generali, riconducendole quindi all'attività di regolazione. Precisamente, si legge che le linee guida vincolanti «non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare». Similmente, nel parere 855/2016, il Consiglio di Stato ha ritenuto preferibile l'opzione interpretativa che coniuga la valenza generale delle linee guida con la natura del soggetto emanante, concludendo che «appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”». Tuttavia, l'assimilazione agli atti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti potrebbe non risultare pienamente appagante laddove si osservi come l'Anac sia stata chiamata anche all'adozione di atti che coinvolgono argomenti di particolare vastità, rilevanza economica e complessità, che sottendono valutazioni non meramente tecniche e che investono profili non squisitamente specialistici, che erano stati precedentemente disciplinati da un regolamento governativo ampio ed articolato (si pensi alle linee guida che definiscono il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure, il regime delle SOA e le regole dell'avvalimento). L'attività normativa che si esprime nelle linee guida dell'Anac sarebbe dunque legittimata dall'arretramento del potere legislativo e regolamentare, poteri che il Parlamento e il Governo hanno scelto di «autolimitare» nell'interesse generale e al fine di consentire la riformulazione spedita e costante della disciplina normativa.

4. LEGITTIMAZIONE PROCEDURALE E LEGITTIMAZIONE «DA FUNZIONE» DEL POTERE NORMATIVO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Come emerge dalle riflessioni sviluppate nelle pagine precedenti, i fenomeni di produzione giuridica sono mutati in maniera significativa non solo sul piano della forma e del contenuto delle regole, ma anche rispetto ai centri di produzione normativa, che in taluni casi trovano la propria sede al di fuori del circuito politico e governativo. Un'ipotesi paradigmatica di questo processo evolutivo è rappresentata dall'affidamento di ampi poteri normativi alle auto-

rità amministrative indipendenti, di cui le linee guida vincolanti dell'Anac rappresentano un caso emblematico. Il fenomeno è in continua crescita: lo Stato – si osserva – tende a ritrarsi dall'intervento diretto e dall'esercizio del potere normativo e affida i compiti di regolazione a soggetti che, pur istituiti e disciplinati per legge, si collocano ai margini o fuori del sistema dell'autorità pubblica. Si tratta di enti «indipendenti», ovvero sottratti al circuito politico-rappresentativo, ciò che rafforza il carattere «neutrale» della loro attività normativa, ma al contempo ne indebolisce le basi di legittimazione, rompendo proprio quel rapporto, tradizionalmente considerato necessario, tra rappresentanza politica, garanzie procedurali e collocazione degli atti nella gerarchia delle fonti (Bin, 2009). Il potere normativo di queste autorità sembra trarre legittimazione «dal basso» per un duplice ordine di considerazioni: sia perché l'attribuzione di tale potere è «finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare» ed è perciò coerente che gli atti normativi adottati «ricavano le regole dall'oggetto da regolare», sia perché la regolazione dello specifico segmento di mercato sul quale si esercita la competenza del soggetto regolatore è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori economici che agiscono in quel segmento (Merusi, Passaro, 2003). L'osmosi tra pubblico e privato è dunque un tratto caratteristico, anzi programmatico, di questo tipo di regolamentazioni (Bin, 2010). Il richiamo al procedimento di tipo partecipativo che spesso contraddistingue la fase dell'assunzione degli atti da parte delle *Authorities* è impiegato dalla dottrina per giustificare il ruolo e gli ampi poteri affidati alle autorità amministrative indipendenti. Più precisamente, si osserva che «La caduta del valore della legalità sostanziale viene, quindi, almeno in parte compensata dalla legalità procedurale. Si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per l'effetto dell'attribuzione all'Autorità di poteri che a volte sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento nel procedimento condotto dall'Autorità di tutti i soggetti interessati (Chieppa, Giovagnoli, 2018, 343; Clarich, 2009, 155). La legittimazione del potere normativo delle *Authorities* è stata così rintracciata nelle garanzie procedurali che accompagnano il processo di assunzione delle decisioni e che hanno trovato una sintesi concettuale nell'idea di democrazia procedimentale (Cassese, 1999, 42). Il concetto di democrazia procedimentale ha trovato una significativa declinazione nel regolamento del 13 giugno 2018, mediante il quale l'Anac ha definito la disciplina relativa alla partecipazione ai procedimenti di regolazione dalla stessa avviati, alla metodologia di acquisizione e analisi quali-quantitativa dei dati rilevanti ai fini dell'analisi di impatto della regolazione (AIR) e alla verifica dell'impatto della regolazione (VIR). Il rego-

lamento è preordinato a promuovere la massima partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti di regolazione. A tal fine, l'Anac garantisce la trasparenza dei processi attraverso la pubblicazione tempestiva sul proprio sito internet delle notizie e dei documenti di interesse e la sottoposizione a consultazione degli atti di carattere generale al fine di acquisire suggerimenti, proposte, considerazioni e osservazioni da parte dei soggetti interessati. La partecipazione degli interessati ai processi normativi delle autorità indipendenti – processi che vengono così ad «aprirsi» agli interessi regolati – e la valutazione *ex ante* degli effetti delle misure in elaborazione consentono di superare la tradizionale «asimmetria» tra decisore pubblico (in questo caso, autorità amministrativa indipendente) e destinatari della decisione (operatori di settore) e di «colmare il deficit di legalità sostanziale» per mezzo delle «garanzie procedurali rafforzate», che divengono elemento di legittimazione della «presenza nel nostro ordinamento di Autorità indipendenti dal potere politico e sganciate in qualche misura dal circuito democratico tradizionale» (Clarich, 1999; Grasso, 2006; Titomanlio, 2017). In tale prospettiva, la consultazione e la partecipazione dei soggetti portatori di interessi si porrebbero come correttivi alla mancanza della dialettica politico-rappresentativa che contraddistingue l'esercizio delle funzioni degli organi che godono di legittimazione democratica. Questa sembra essere la prospettiva accolta dal Consiglio di Stato che, nel parere 855/2016 reso sullo Schema di decreto legislativo recante «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», ha individuato alcuni strumenti volti a compensare la maggiore flessibilità del 'principio di legalità sostanziale' con un più forte rispetto di criteri di 'legalità procedimentale'. Tra questi si devono menzionare «l'obbligo di sottoporre le delibere di regolazione ad una preventiva fase di 'consultazione' dei soggetti interessati; l'esigenza di dotarsi – per gli interventi di impatto significativo – di strumenti quali l'analisi di impatto della regolazione – AIR – e la verifica *ex post* dell'impatto della regolazione – VIR –; la necessità di adottare tecniche di codificazione delle delibere di regolazione tramite la concentrazione in “testi unici integrati” di quelle sulla medesima materia».

Secondo un diverso orientamento, la legittimazione del potere normativo delle autorità indipendenti sarebbe da rintracciare nella peculiare natura dei diritti costituzionali che rilevano in determinati settori (tutela del risparmio, privacy, concorrenza, pluralismo informativo ecc.), che richiede una particolare attività di garanzia che non può essere svolta attraverso l'esercizio della ordinaria azione amministrativa. Le autorità indipendenti opererebbero quindi come «istituzioni delle libertà» e troverebbero la propria legittimazione direttamente nella prima parte della Costituzione (Amato, 1997). Al cospetto dei diritti fondamentali, è

stato sottolineato, non può esistere un potere discrezionale della pubblica amministrazione «perché nell'esercizio del potere discrezionale residua un quid – il c.d. merito amministrativo – insindacabile da parte del titolare del diritto fondamentale e che perciò inciderebbe, in maniera arbitraria, e perciò dispotica, su di un diritto fondamentale» (Merusi, 2003). Si sarebbe dunque in presenza di una legittimazione sganciata dal collegamento con il principio di maggioranza e ancorata invece ad una esigenza di garanzia dei valori costituzionali (Donati, 2008).

Secondo una diversa impostazione ricostruttiva, in mancanza di un riconoscimento a livello costituzionale della possibilità di istituire organi che derogano al principio della responsabilità ministeriale, occorrerebbe valorizzare la «copertura comunitaria» di cui godono alcune autorità indipendenti, di per sé sufficiente a giustificare la loro legittimazione (Donati, 2008). Come rilevato, le autorità amministrative sfuggono sia al circuito rappresentativo sia al circuito della responsabilità politica nei confronti del Parlamento. Si pongono al di fuori del principio della separazione dei poteri, del principio di responsabilità e di legittimazione democratica (Manetti, 1994; Niccolai, 1996; Bilancia, 2000; De Minico, 2012). Questa deviazione dall'impianto costituzionale in materia di rapporti tra politica e amministrazione trova una base di legittimazione nell'Unione europea. Le autorità amministrative indipendenti sono ormai interamente disciplinate da norme di derivazione sovranazionale o da norme nazionali attuative di direttive eurounitarie. Anche i loro poteri normativi sono legittimati da norme di produzione sovranazionale e trovano quindi una copertura costituzionale nell'art. 11 Cost. (Bilancia, 2002; Longobardi, 2009; Merusi, 2010). In proposito, è stato tuttavia osservato come ciò non sia sufficiente ad esaurire e risolvere il problema della legittimazione costituzionale delle *Authorities* e a giustificare la deroga al principio della responsabilità ministeriale consacrato dall'art. 95 Cost. e al principio del controllo parlamentare sull'amministrazione (Clarich, Corso, Zeno-Zencovich, 2006, 8). In questa prospettiva si possono leggere le proposte avanzate nell'ambito della Commissione D'Alema per la riforma costituzionale e successivamente nel corso delle indagini conoscitive svolte dalla I Commissione della Camera dei Deputati nell'ambito della XIII legislatura.

5. IL DIBATTITO SUI POTERI NORMATIVI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN SPAGNA: CENNI

Anche la dottrina spagnola si è interrogata sul significato dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri di natura normativa e sugli effetti che questa attribuzione determina sul sistema delle fonti del diritto. La riflessione

scientifico della letteratura spagnola, che ha preso avvio con riguardo alla potestà normativa del Banco di Spagna (Fernández Rodríguez, 1984), si è da subito concentrata sui profili di illegittimità costituzionale sollevati dall'attribuzione di poteri normativi alle amministrazioni indipendenti (Parejo, 1994; Magide Herrero, 2000). La norma costituzionale di riferimento è l'articolo 97, che conferisce in via esclusiva al Governo l'esercizio della potestà regolamentare. Similmente a quanto avviene nell'ordinamento costituzionale italiano, nella Costituzione spagnola la potestà regolamentare è contemplata solo con riferimento al Governo (art. 97) e, in modo indiretto, alle Comunità autonome (art. 153). Come è stato osservato, il riconoscimento di poteri di natura normativa alle Autorità indipendenti determina la rottura del concetto unitario di regolamento e il superamento del tradizionale nesso legge-regolamento che caratterizza le dinamiche di produzione legislativa (Tornos Mas, 2003). I dubbi circa i profili di frizione con la Costituzione sono stati risolti dal Tribunale costituzionale che, nella pronuncia 135/1992, ha chiarito come l'art. 97 della Costituzione non debba essere interpretato in modo letterale e restrittivo e non osti pertanto al conferimento di poteri normativi a istituzioni diverse dal Governo, precisamente al Banco di Spagna. A ciò deve aggiungersi un argomento di carattere sostanziale, che risiede nella elevata specializzazione tecnica del Banco di Spagna, che rende ragionevole che allo stesso siano delegate funzioni normative da parte del Governo o ex lege. Anche nel sistema spagnolo è quindi la legittimazione funzionale – che deriva dalla natura tecnico-specialistica dell'organismo – a fungere da base giustificativa per il riconoscimento di poteri normativi in capo alle *Authorities*.

6. CONCLUSIONI

Il fondamento del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti e la sua legittimità costituzionale sono dati che possono ormai ritenersi acquisiti nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (Marone, 2017). Ciò non elimina la necessità teorica di interrogarsi sugli effetti che il trasferimento di poteri normativi ad autorità di natura tecnica comporta sull'impianto dell'architettura istituzionale. Il caso delle linee guida vincolanti dell'Anac testimonia in modo limpido un trasferimento di responsabilità decisorie in ambiti non relegabili alla sola normativa tecnica perché alla base della disciplina delle materie sopra indicate riposano scelte di natura non esclusivamente tecnica. Si tratta infatti di profili che assumono un'importanza centrale nell'ambito della disciplina della contrattazione pubblica e che si riflettono in maniera

massiccia sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati coinvolti. Le linee guida vincolanti si mostrano quali atti normativi privi di un sicuro fondamento legislativo dal punto di vista procedurale e sostanziale, sia perché si muovono al di fuori della disciplina di cui all'art. 17 della legge 400/88, sia perché la delega e il decreto legislativo che ne consentono l'adozione si esprimono in termini generici, tali da sollevare profili di criticità con riferimento al rispetto del principio di legalità sostanziale (Serges, 2017). Come evidenziato dalla Corte costituzionale, il principio di legalità sostanziale impone che l'attribuzione del potere «sia determinata nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costante una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa» (sent. 115/2011). La legge non deve porsi soltanto come fonte di attribuzione del potere, ma anche come strumento di regolamentazione, anche se elastica, della fattispecie, ciò che sembra difettare rispetto al conferimento all'Anac del potere di adottare linee guida vincolanti. In altri termini, l'amministrazione deve agire non solo entro i limiti di legge, ma altresì in conformità alla disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale deve incidere anche sulle modalità di esercizio dell'azione amministrativa e, dunque, penetrare all'interno dell'esercizio del potere, che rinviene in tal modo una cornice di direttive idonee a indirizzarne lo sviluppo (Casetta, 2018, 48). Rispetto al potere normativo che si manifesta nelle linee guida, la predeterminazione delle modalità di esercizio del potere manca, essendo indicate soltanto le materie nelle quali l'Anac dovrà adottare questo nuovo strumento di regolamentazione. L'Anac è quindi chiamata ad assumere decisioni intrinsecamente politiche pur essendo estranea al circuito politico-rappresentativo e priva di legittimazione democratica, nonché in assenza di una cornice legislativa che ne circoscriva e indirizzi le scelte. Sotto questo profilo sembra determinarsi una deviazione rispetto al principio di legalità sostanziale persino più marcata di quella che in passato era stata contestata a proposito dei c.d. «regolamenti indipendenti» del Governo. Non soltanto, infatti, le autorità pongono in essere norme giuridiche di rango secondario in assenza di norme legislative generali sulla materia, ma intervengono nella formazione di complesse e delicate discipline di settore senza godere di una legittimazione popolare neppure indiretta, che invece il Governo possiede in forza della relazione fiduciaria con la maggioranza parlamentare (Giuffrè, 2016).

L'assegnazione di potestà normative alle autorità indipendenti, che si pongono quali veri e propri «centri di autonomia» costituzionalmente e/o eurounitariamente garantiti, corrisponde quindi ad una significativa erosione della funzione normativa del Parlamento, da cui, in via ordinaria, muove il circuito delle funzioni pubbliche dello Stato di diritto (Bognetti, 2001; Giuffrè, 2016). Posto

che nell'attuale architettura delle forme di Stato occidentali i processi di legittimazione del potere si incentrano sempre meno sulle procedure elettorali e sui meccanismi rappresentativi, evolvendo, piuttosto, verso criteri fondati sulla conoscenza specialistica, l'unico strumento in grado di assicurare una democratizzazione nei processi di assunzione delle decisioni da parte di autorità tecniche è il rispetto di procedure informate ai principi della trasparenza e della partecipazione (Giuffrè, 2016). Come osservato, «l'affermazione di poteri neutrali si riscontrerebbe soprattutto nei momenti di crisi della politica, quando la razionalità dell'azione dei pubblici poteri si offusca e la legge stenta a realizzare sintesi durevoli e soddisfacenti dell'interesse generale» (Manetti, 1994, 9).

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BILANCIA, F. (2000), *La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo*, Cedam, Padova.
- BILANCIA, P. (2002), «Autorità amministrative indipendenti e processo di integrazione europea», in Gabriele, Bucci, Guarini, *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari.
- BIN, R. (2009), «Soft law, no law», in Somma, *Soft law e hard law nelle società post-moderne*, Giappichelli, Torino.
- «Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantitativa delle fonti del diritto», in Brunelli, Pugiotto, Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. I. Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli.
- (2010), «I diritti di chi non consuma», in Cocco, *Diritti dell'individuo e diritti dei consumatori. Atti del Convegno 14 dicembre 2007*, Giuffrè, Milano.
- BOGNETTI, G. (2001), *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano.
- CASSETTA, E. (2018), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- CASSESE, S. (1996), «Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni», in Cassese, Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna.
- (1999), «Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti», in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.
- CERULLI IRELLI, V. (2009). «I poteri normativi della Autorità amministrative indipendenti», *Astrid online*, 2.
- CHIEPPA, R. (2006). «Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti», in *www.giustiziamministrativa.it*.
- CHIEPPA, R., GIOVAGNOLI, R. (2018), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- CLARICH, M. (1999), «I procedimenti di regolazione», in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.

- (2005), *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna.
- CLARICH, M., CORSO, G., ZENO-ZENCOVICH, V. (2006), «Il Sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive», in <https://eprints.luiss.it/128/1/>.
- DEODATO, C. (2018), «Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto», *Giustamm*.
- DONATI, F. (2008), «Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno», in *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale (Catania, 14-15 ottobre 2005)*, Cedam, Padova.
- DE BENEDETTO, M. (2006), «Autorità indipendenti», in Cassese, *Dizionario di Diritto pubblico*, I, Giuffrè, Milano.
- DE MINICO, G. (2012), «Indipendenza delle autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria», in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in Onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1984), «Los poderes normativos del Banco de España», *Revista de derecho bancario y bursatil*, 13.
- GIUFFRÈ, F. (2016), «Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione», in Nicotra, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino.
- GIUFFRÈ, G. A. (2017), «Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC», in *Federalismi.it*.
- GRASSO, G. (2006), *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano.
- GRECO, F. (2014), «La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti e la partecipazione ai procedimenti di regolazione», in *GiustAmm.it*, 9.
- LABRIOLA, S. (1999), «Le Autorità indipendenti. (Note preliminari)», in Labriola, *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano.
- LONGOBARDI, N. (2009), «Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale», *Amministrazione in cammino*.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, INAP, Madrid.
- MANETTI, M. (1994), *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- MARONE, F. (2017), «Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3.
- MARTINES, T. (2017), *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- MERUSI, F. (2003), «Giustizia amministrativa e autorità indipendenti», in *Annuario 2002. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- (2010), *Le leggi del mercato*, Il Mulino, Bologna.
- MERUSI, F., PASSARO, M. (2011), *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna.
- NICCOLAI, S. (1996), *I poteri garantiti della Costituzione e le Autorità indipendenti*, Ets, Pisa.

- PAREJO, A. (1994), «La potestad normativa de las Administraciones independientes», in *Administración instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo*, I, Ed. Cívitas, Madrid,
- POLITI, F. (1999), «I poteri normativi delle autorità amministrative e indipendenti», in Longobardi, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Giappichelli, Torino.
- (2001), «Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti (*ad vocem*)», in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma.
- SERGES, S. (2017), «Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti», in *Osservatorio sulle fonti*, 3.
- TITOMANLIO, R. (2013), *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino.
- (2017), «Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione», in *Nomos*, 1.
- TORNOS MAS, J. (2003), «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del consell audiovisual de Catalunya», in *Derecho Privado y Constitución*, 17.

LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA REGULACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas - ICADE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Constitución como base de la diversidad de fuentes de producción normativa. 2.1 El Derecho internacional privado de origen estatal. 2.2 El Derecho internacional privado de origen europeo y convencional. 2.3 El Derecho internacional privado de origen convencional. 3. El estatuto jurídico constitucional del extranjero. 4. El papel de los derechos fundamentales en la reglamentación del tráfico externo. 4.1 Los derechos fundamentales como directrices de política legislativa. 4.2 Los derechos fundamentales como contenido del orden público internacional. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto el estudio de los tres planos que, dentro de la Constitución española (CE), inciden directamente en la articulación del sistema español de Derecho internacional privado (DIPr): las fuentes de producción jurídica, el estatuto del extranjero y los principios estructurales que concretan las *policies* para la elaboración, la aplicación e interpretación de las normas de DIPr. El primer plano lo integran los preceptos constitucionales que determinan las fuentes de producción jurídica, ya sea de origen institucional, convencional o autónomo, y ello a través de lo previsto en los ordinales segundo y octavo

del art. 149.1 CE y en los arts. 93 a 96 del mismo texto. El art. 149.1 reserva a la competencia exclusiva del Estado todas las «normas para resolver los conflictos de leyes», refiriéndose esta expresión a cualquier norma de DIPr del sistema autónomo español, sean las que ordenan el tráfico internacional como las que resuelvan conflictos de Derecho interregional. Por su parte, el art. 93 diseña los mecanismos ineludibles para la cesión de competencias soberanas a organizaciones e instituciones internacionales para la reglamentación del tráfico transfronterizo, permitiendo la recepción en nuestro sistema del DIPr de fuente de producción europea. Finalmente, el art. 96 permite la recepción del llamado DIPr de origen convencional cuya fuente de producción jurídica se encuentra en los tratados internacionales válidamente celebrados por el Estado español. El segundo plano se refiere al estatuto jurídico-constitucional que dota el art. 13.1 a los extranjeros cuando dispone que éstos «gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». En puridad, a través del citado precepto, la CE confiere a los no ciudadanos el goce de esas libertades de modo inmediato, generando un estatuto nuclear que será desarrollado a través de la ley o de los convenios internacionales. De este modo, todo extranjero que entra en contacto con el sistema jurídico español, por el mero hecho de ser persona, goza de forma inmediata de las libertades consagradas en el Título primero de la CE, aunque sólo pueda ejercerlas en los términos que establezcan las leyes y los tratados. Finalmente, el tercer plano lo integran el conjunto de principios constitucionales del Título I (derechos y libertades fundamentales y principios rectores de la política social y económica) que inspiran, determinan o condicionan la regulación de las distintas materias de las que se ocupa el DIPr, vinculando al legislador a la hora de establecer los preceptos de esta disciplina y a los Jueces y Autoridades a la hora de aplicarlos, conformando el llamado orden público internacional, cuya función es la defensa de la homogeneidad y la coherencia de nuestro sistema frente a la respuesta ofrecida por la ley foránea declarada aplicable o por la decisión extranjera que se quiere reconocer.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO BASE DE LA DIVERSIDAD DE FUENTES DE PRODUCCIÓN NORMATIVA

2.1 El Derecho internacional privado de origen estatal

Dentro de la CE, los ordinales segundo y octavo del art. 149.1 inciden directamente en la articulación del DIPr autónomo español, reservando al Estado la competencia exclusiva para la regulación de las cuestiones esenciales

que afectan a esta disciplina. El primero atribuye con carácter exclusivo al Estado todas las materias relativas a la «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo». Por su parte, el segundo reserva a la competencia exclusiva del Estado «las normas para resolver los conflictos de leyes». La expresión «conflicto de leyes» no se debe identificar solamente con el sector del Derecho aplicable, ni tampoco, dentro de este sector, con las clásicas normas de conflicto bilaterales¹. La arcaica expresión «conflictos de leyes» es sinónimo de DIPr, lo que significa que, con las excepciones que remitan a la vía institucional y las que son objeto de acuerdos internacionales, todo el DIPr es Derecho de producción exclusiva del Estado central. Como veremos a continuación, dicha reserva no sólo se circunscribe para resolver los problemas que plantean, en el marco del Derecho privado, las relaciones de tráfico jurídico externo, sino también para resolver los conflictos de leyes que afectan a los supuestos de tráfico jurídico interregional².

En efecto, el numeral octavo del art. 149.1 CE reserva al Estado con carácter exclusivo la potestad normativa para resolver los problemas que plantean, desde la perspectiva del ordenamiento español, las relaciones jurídicas privadas que ponen en conexión a distintos sistemas jurídicos estatales. De este modo, el legislador estatal tiene competencia exclusiva para dictar normas en el sector de la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones extranjeras y la cooperación jurídica internacional. Por otra parte, es bien sabido que el numeral octavo del art. 149.1 CE prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas (CCAA) conserven, modifiquen y desarrollen los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan³, permitiendo la coexistencia de los Derechos civiles españoles: el Dere-

¹ FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO (2016, 34).

² La competencia exclusiva del Estado alcanza igualmente los posibles conflictos de leyes internos en el ámbito del Derecho público, como sucede, en el marco del Derecho público económico, cuando las CCAA delimitan el ámbito de aplicación espacial de sus normas con base en criterios que exceden del principio de territorialidad. Véase, a este respecto, ARCE JANÁRIZ (1987, 110-116); GONZÁLEZ CAMPOS (1995, 10); DE MIGUEL ASENSIO (2005, 301-419).

³ A mayor abundamiento, la STC 88/1993, de 12 de marzo, abordó el alcance de los conceptos, constitucionales y estatutarios, de conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles especiales o forales. En relación con el de desarrollo, el TC declaró en su FJ 3 que «la CE permite, al emplearla, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la CE no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C. E.) de las CCAA, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. Es claro, en todo caso, que la noción constitucional de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos, y así

cho común y los Derechos forales. Pues bien, habida cuenta de que en España la jurisdicción es única y estatal, y que la vecindad civil es la circunstancia personal de quienes tienen nacionalidad española, que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal, del Derecho del Código Civil o de uno de los restantes Derechos civiles españoles, es del todo claro que la única cuestión que plantea el Derecho interregional sea la de determinar el Derecho aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Por consiguiente, como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC)⁴, para resolver los conflictos de leyes *ex art. 149.1.8 CE*, el Estado ha de regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1 del Código) y adoptar las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que se cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los criterios de conexión que lleven a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. En ambos casos, para determinar la sujeción de los españoles al Derecho civil común o a cada uno de los Derechos civiles forales o especiales y para determinar el ordenamiento civil aplicable, el legislador estatal tiene un límite constitucional de respetar el principio de igualdad o reciprocidad entre las diferentes vecindades civiles y los distintos ordenamientos civiles españoles⁵.

esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las Compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales; cabe, por ello, que las CCAA dotadas de Derecho civil o foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las CCAA, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 C. E., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la CE ha querido, por vía competencial, garantizar».

⁴ STC 226/1993, de 8 de julio, FJ 6 y STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 6.

⁵ De lo contrario, como ha señalado la STC 226/93, de 8 de julio de 1983, se vendría a menoscabar, de modo indirecto, la competencia autonómica sobre el respectivo ordenamiento civil y a contrariar, por lo mismo, la regla contenida en el art. 149.1.8 CE. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho Civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, pues la vecindad civil define la proyección propia de cada ordenamiento civil siendo, en última instancia, un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo. Por ello, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por la Diputación General de Aragón contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del art. 14 Cc y contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del art. 16 Cc, según la redacción dada a ambos preceptos por el art. 2 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, en la citada Sent. el TC señala que «para descartar la tacha de inconstitucionalidad expuesta en la demanda basta con apreciar que el legislador estatal no ha incurrido, al dictar los incisos finales de los arts. 14.3 y 16.3, en una manipulación o tergiversación arbitraria – a fin de extender un Derecho a costa de otros – de los criterios para la atribución de la vecindad civil, en el primero de tales preceptos, y para la resolución, en el segundo, del supuesto de tráfico interregional allí previsto, sin

Análogamente, la competencia exclusiva del Estado excluye, de manera necesaria, que las CCAA puedan establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión⁶. Por ello, el TC ha considerado que la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de las legislaciones forales o especiales, en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que resulta, en principio, vedada a la actuación del legislador autonómico⁷.

que tampoco estemos ante una designación inmediata e inflexible – sino en último grado o residual – de la vecindad y del Derecho civil comunes» (FJ 5). En tal sentido, el TC concluye: «Que no existe asomo de arbitrariedad es cosa bien patente si se repara en que el legislador, en el primer caso, ha previsto que la vecindad civil así determinada pueda ser ulteriormente alterada por voluntad de los padres o del propio hijo (párrafos segundo y tercero del mismo art. 14.3) y si se advierte, también que el art. 16.3 ha establecido la cautela o garantía, en su segundo párrafo, de que, caso de entrar en juego el llamamiento al Código Civil, se aplicará el régimen de separación de bienes del propio Código si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación. Uno y otro llamamiento, al Código Civil o a la vecindad de Derecho común, se presentan, de otra parte, como cláusulas de cierre, esto es, tan sólo para el supuesto de que las remisiones y conexiones que la Ley dispone no lleven a una clara atribución de la vecindad civil o a una determinación, también precisa, del ordenamiento – cualquiera de los que coexisten en España – que deba regular los efectos del matrimonio. No cabe reprochar al legislador en otras palabras, el reglamento, directo o indirecto, de toda posible solución formal y abstracta de las hipótesis reguladas por los arts. 14.3 y 16.3 Cc» (FJ 5).

⁶ FJ 3 de la STC 156/1993, de 6 de mayo, en la que declara la inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, del inciso «y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil» del art. 2, párrafo primero, de la Compilación del Derecho Civil de Baleares, según la redacción dada al mismo por el artículo único del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre: «Resulta obligado, siendo esto así, compartir el reproche que el recurso formula contra el art. 2 de la Compilación del Derecho civil de Baleares. En efecto, cabe estimar que al prescribir tal norma que ese ordenamiento sea aplicable a quienes residan en el territorio de la Comunidad Autónoma “sin necesidad de probar su vecindad civil” se está adoptando, sin sombra de duda, una regla cuyo objeto es la propia vecindad civil como punto de conexión para la determinación de la ley personal; cuando esta materia corresponde al legislador estatal, quien en el Derecho interregional ha basado la aplicación de la ley personal en la noción de vecindad civil (art. 16.1.1. del Código Civil) y, a este fin, ha establecido un régimen legal específico de su adquisición y pérdida (arts. 14 y 15 del mismo Código). Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar – en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación lo establecido en la normativa dictada por el Estado».

⁷ STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 6. En tal sentido, el TC declara que el art. 2.3 de la Ley Foral Navarra 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada: «Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE».

2.2 El Derecho internacional privado de origen europeo

El art. 93 CE hace posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones e instituciones internacionales, lo que ha permitido que el Derecho de la UE se integre en el sistema jurídico español imponiéndose a nuestros órganos jurisdiccionales como una ordenación emanada de la competencia específicamente cedida por España, a través de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto⁸. Dicha cesión ha añadido, desde la perspectiva del DIPr español, una nueva fuente de producción normativa derivada de la competencia atribuida *ex art. 81 TFUE* (medidas de cooperación judicial en materia civil): el llamado DIPr europeo o institucional. Por ello, cuando, dentro de su ámbito competencial⁹, las autoridades europeas adoptan un instrumento normativo en ejecución del mencionado precepto, lo hacen como titulares de una competencia legislativa cedida por los Estados. Por lo tanto, las normas de DIPr son vistas como normas que provienen de una autoridad a la que la CE atribuye competencia para el ejercicio de las funciones que de ella se derivan, y que habrá de ejercitar en los límites materiales que impone dicha cesión. No en vano, la cesión limita la libertad de cada Estado miembro en la promulgación de normas de origen autónomo o en la suscripción de acuerdos internacionales en aquellas materias donde existen normas de fuente europea¹⁰.

Además, el criterio competencial permite entender simultáneamente el principio de primacía del Derecho europeo. Ahora bien, de igual manera que la primacía del DIPr europeo se justifica, desde una idea competencial, en que la CE ha permitido esta situación de primacía, el mismo art. 93 CE impide la inmisión en nuestro sistema de preceptos de DIPr europeo que pudiesen resultar inconstitucionales. En efecto, el principio de primacía del Derecho europeo no es absoluto, sino referido exclusivamente a la competencia de la UE y en los límites materiales que impone la cesión en los términos previstos por el citado precepto constitucional. La primacía de la norma de origen institucional viene justificada, entre otras razones, en que sea compatible con los principios y valores de la CE, en el que, como bien ha señalado el TC, los derechos fundamentales adquieren

⁸ BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

⁹ El art. 81 TFUE no atribuye una competencia a la UE para unificar, en general, el DIPr de los Estados miembros, ni tampoco una competencia exclusiva, las autoridades europeas deben justificar si una medida es necesaria para el «correcto funcionamiento del mercado interior», respetando siempre las exigencias que dimanen de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

¹⁰ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2018, 151). Las materias reguladas por las normas de DIPr europeo pasan a ser «competencia privativa» de la UE, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2016, 121).

sustantividad propia¹¹. Esto significa que la cesión de competencias, en los términos previstos en el art. 93 CE, no es un cheque en blanco para que, bajo la cobertura del art. 81 TFUE, las autoridades europeas puedan adoptar medidas contrarias a la CE. Es decir, una actuación *ultra vires* del legislador europeo resultaría incompatible con la cesión de competencia efectuada a través del art. 93 CE, resultando, en consecuencia, inconstitucional. En puridad, no se trata de una mera disquisición teórica, como ponen de relieve los arts. 45.3 del Reglamento de Bruselas I bis (RBI bis)¹² y 24.2 del Reglamento de Bruselas II bis (RB II bis), inspirados ambos en el principio de confianza comunitaria para facilitar el reconocimiento de resoluciones en el espacio judicial europeo. Al prohibir la fiscalización de la competencia del Juez de origen, excluyendo la acción del orden público sobre este extremo, los preceptos señalados posibilitan el reconocimiento «ciego» de cualquier decisión dictada por los Tribunales de un Estado miembro al amparo de un foro exorbitante contra un demandado domiciliado en un Estado tercero¹³. Por ello, a pesar de que el TJUE haya señalado expresamente que los Tribunales del Estado miembro requerido no pueden recurrir al orden público para justificar el control de la competencia judicial internacional de los Tribunales del Estado miembro de origen¹⁴, estamos con M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez¹⁵ que las normas de DIPr europeo no pueden, en estos casos, modificar los estándares constitucionalmente vigentes sobre la tutela judicial de los Estados miembros. La lógica de la integración en el que se inspira el principio de confianza comunitaria *ex* arts. 45.3 RBI bis y 24.2 RBII bis tiene un límite en la barrera constitucional antes señalada, debiendo, en estos casos, impedir por razones de orden público procesal el reconocimiento de resoluciones procedentes de fueros exorbitantes¹⁶.

Finalmente, en íntima conexión con lo anterior, en los supuestos en que las autoridades europeas no hayan hecho uso de su competencia para regular un concreto aspecto de DIPr, el principio de cooperación leal (art. 4.3 del

¹¹ Véase, en este sentido, el FJ 4 de la Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

¹² Art. 45.3 RBI bis: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, letra e), no podrá procederse a la comprobación de la competencia del órgano jurisdiccional de origen. No se podrá aplicar a las normas relativas a la competencia judicial el criterio de compatibilidad con el orden público contemplado en el apartado 1, letra a)». Art. 24.2 RBII bis: «No podrá procederse al control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. El criterio de orden público a que se refieren la letra a) del artículo 22 y la letra a) del artículo 23 no podrá aplicarse a las normas de competencia establecidas en los artículos 3 a 14».

¹³ SÁNCHEZ LORENZO (2012, 133-145).

¹⁴ Véase, a este respecto, los FJ 32 y 33 de la STJUE, de 28 de marzo de 2000, as. C-7/1998 *Krombach*.

¹⁵ VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2007, 613-614).

¹⁶ Véase, en este sentido, en relación con el art. 24.2 RBII bis, el FJ 5 de la Res. de la DGRN, de 27 de julio de 2012 (RJ 2012\10378) y de 20 de junio de 2013 (RJ\2013\5768).

TUE) obliga a los Estados miembros a que las normas de DIPr de origen autónomo y convencional se compadezcan con los principios estructurales del Derecho europeo (principio de no discriminación y las libertades de circulación), siempre que se trate de situaciones de tráfico externo que caen bajo su esfera de aplicación¹⁷. El principio de cooperación leal es una consecuencia implícita del principio de primacía del Derecho europeo, habida cuenta de que la ratificación de los tratados – y al Derecho europeo en general – permite reconocer al Derecho originario la fuerza vinculante que le es propia sujetando a las autoridades de los Estados miembros, incluido el poder legislativo, a las normas que componen dicho ordenamiento. Concretamente, en el ámbito del DIPr, el principio de primacía condiciona la solución obligando a los legisladores nacionales a dar un tratamiento diferencial a las situaciones transfronterizas vinculadas a los referidos principios del Derecho europeo (situaciones intracomunitarias)¹⁸.

2.3 El Derecho internacional privado de origen convencional

La codificación a través de los tratados internacionales constituye un factor que potencia el proceso de cooperación jurídica internacional¹⁹. Entre aquellos Estados que parten de intereses compartidos y principios afines, la adopción de soluciones comunes en lo relativo a los conflictos de leyes, la jurisdicción, la adopción de respuestas sustantivas comunes o el reconocimiento de decisiones y documentos públicos extranjeros, permiten respaldar la seguridad jurídica de las relaciones transnacionales, evitando los efectos poco de-

¹⁷ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2018, 23-25). Un claro exponente de la incidencia de las normas y principio del Derecho europeo sobre las normas del sistema autónomo lo encontramos, en relación con el estatuto personal de las personas físicas, en la STJUE, de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02 *García Avello*, y, respecto de las personas jurídicas, en la STJUE de 5 de noviembre de 2002, as. C-208/00 *Überseering*. El asunto *García Avello* nos suministra un magnífico ejemplo. Un español casado con una belga tuvo un hijo en aquel país y pretendía que constase en la inscripción de su nacimiento el primer apellido de su progenitor (García) y el segundo de su madre (Weber) tal como permite la legislación española (ya que el menor es español, como hijo de padre español). El Registro belga consideró que siendo el nacido hispano-belga (como hijo de madre belga) prevalecía esta última ciudadanía sobre la española y que su nombre y apellido quedaba regido por la legislación de aquel país. El TJUE consideró que la norma belga aplicada era contraria al principio comunitario de no discriminación y que, por lo tanto, no podía resultar operativa en el marco de la Unión. Se trata de un claro ejemplo de «tráfico externo intracomunitario» en el que no existía una norma positiva de origen institucional aplicable al caso, pero sí principios del Derecho de la UE que condicionan la solución.

¹⁸ La necesidad de ofrecer un tratamiento diferencial al tráfico internacional transfronterizo constituye un claro ejemplo de la especialización por el ámbito espacial de las normas, en la terminología de GONZÁLEZ CAMPOS (2000, 185).

¹⁹ Véase FERNÁNDEZ ROZAS (71-79, 1995).

seables el *forum shopping*, el *shopping of the law* o la incertidumbre sobre la eficacia extraterritorial de las soluciones de cada sistema particular. El art. 96 CE establece el mecanismo para la correcta integración en el ordenamiento español de las normas derivadas de los tratados internacionales, entre las que se hallan las normas de DIPr de origen convencional: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». En este mismo sentido, el art. 1.5 Cc dispone que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su promulgación íntegra en el Boletín Oficial del Estado».

Los arts. 94 y 96 CE introducen una serie de precauciones a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento preceptos procedentes de este tipo de fuente²⁰. En primer lugar, requiere la autorización del Poder legislativo para la ratificación, entre otros, de aquellos convenios que afecten a los derechos y deberes fundamentales de su Título I y para los que supongan la modificación o derogación de alguna ley o requieran medidas legislativas para su ejecución. Como puede verse el control de las Cortes Generales sobre la incorporación de nuevas normas jurídicas por esta vía, no sólo impide que el ejecutivo pueda establecer por sí sólo modificaciones en el ordenamiento, sino que imposibilita asumir obligaciones que fueren al legislativo a establecer los cauces para su aplicación sin haber obtenido su previo asentimiento; en consecuencia, difícilmente podrá producirse una colisión entre la ley y el tratado. Si este último modifica una norma interna vigente, la aprobación de su ratificación por el Parlamento español, implica la aquiescencia del legislativo a la derogación o modificación de la primera.

En segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, encuentra su justificación el principio de primacía del tratado sobre las normas internas anteriores o posteriores contrarias, como así prevé el primer numeral del art. 96 CE impidiendo que un tratado sea modificado, derogado o suspendido de forma unilateral por una norma interna: «Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Dicho principio hace del DIPr de origen convencional una suerte de derecho especial, y consecuentemente prioritario al régimen jurídico interno. Mediante la celebración de un tratado internacional el Estado se obliga con otros en las mismas condiciones que establece el Derecho internacional y conforme a lo estableci-

²⁰ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2018, 149-150).

do por su Derecho interno. Por lo tanto, habrá de cumplir de buena fe lo acordado y someterse en los términos previstos en ese marco normativo cuando quiera proceder a su modificación. Por ello, es de destacar que la CE prevé idénticas precauciones para la denuncia de los convenios, de tal forma que los preceptos legales que tienen su origen en un tratado internacional, sólo pueden ser derogados por el ejecutivo, con la aquiescencia expresa del legislativo y de acuerdo con las previsiones del propio tratado internacional o del Derecho Internacional.

En tercer lugar, como cualquier norma del sistema español, las normas de origen convencional deben responder a lo establecido en la CE. En tal sentido, el art. 95 CE impide la inmisión en el Sistema de preceptos convencionales que pudiesen resultar inconstitucionales: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». De modo que, si un Tratado contiene una cláusula de esta índole, su ratificación sólo resulta posible tras la previa revisión constitucional. Así ocurrió, si bien en el marco del Derecho europeo, con el Tratado de Maastricht en 1992, donde se reconocía el derecho al sufragio pasivo a los ciudadanos europeos en las elecciones municipales. Hubo de realizarse una modificación del art. 13.2 CE para poder ratificarlo.

3. EL ESTATUTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DEL EXTRANJERO

El art. 13.1 CE pergeña el estatuto constitucional de los extranjeros que entren en contacto con nuestro sistema jurídico²¹. A su tenor, «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Como ha señalado Espinar Vicente²², el citado precepto realiza por sí solo tres funciones de gran importancia en el ámbito de la extranjería: primero, inserta al extranjero en el espacio de libertad constitucional diseñado para los españoles; segundo, garantiza que la traducción de esas libertades en derechos habrá de respetar siempre el contenido esencial con el que se consagran en el Título primero aunque

²¹ Se trata de un precepto de corte unilateral que extiende el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales de la CE a los extranjeros que entren en contacto con el ordenamiento español. Para ello utiliza como parámetro referencial (o punto de conexión, si se prefiere) cualquier contacto jurídico entre el extranjero y el sistema jurídico español que pueda afectar una libertad consagrada en el Título Primero de la CE.

²² ESPINAR VICENTE (2010, 300).

se refieran a extranjeros²³; y tercero, retiene a la ley y al tratado internacional como las dos fuentes idóneas para la regulación del ejercicio de esas libertades a los extranjeros.

Siguiendo a Espinar Vicente y Guzmán Peces²⁴, desde la Sentencia 107/1984 de 23 de noviembre, el TC ha dejado sentado, a través de una reiterada jurisprudencia, que todos los extranjeros son destinatarios del núcleo esencial de los derechos enumerados en el primer Título de la CE. En el fundamento jurídico tercero de la sentencia citada se afirmaba con toda claridad que el art. 13 CE «no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Tres años después repetiría estos argumentos en su Sent. 115/1987, de 7 de julio, y posteriormente seguiría manteniendo esta interpretación sin fisuras. Por consiguiente, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, ni la ley ni el tratado son los que otorgan el goce de los derechos y libertades públicas. Los tratados y las leyes, a los que se refiere el art. 13.1 CE, se encargarán de regular las condiciones de ejercicio por los extranjeros²⁵. En otras palabras, el art. 13 CE convierte a los extranjeros en destinatarios directos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los españoles en los arts. 10 al 55²⁶, a excepción de los expresamente excluidos en su segundo párrafo. Por esta razón, el constituyente entendió que si quería excluir totalmente del goce de los derechos políticos a los extranjeros debía hacerlo de una manera expresa y lo hizo en el segundo numeral del art. 13: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 (...)»²⁷.

²³ No deben olvidarse los antecedentes de esta norma para entender en toda su dimensión el sentido con el que se positiva. El art. 12, párr. segundo del Proyecto Constitucional establecía que «los extranjeros residentes en España gozarán de las libertades públicas del presente título, en los términos que la ley establezca». Algunas modificaciones propuestas para mejorar su redacción se formularon en los términos «los extranjeros gozarán de las libertades públicas del presente título, salvo lo dispuesto en las leyes». Finalmente se consiguió el tenor actual que es mucho más generoso, como destaca desde su primera lectura.

²⁴ ESPINAR VICENTE, GUZMÁN PECES (2017, 127-128).

²⁵ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2013, 333).

²⁶ FERNÁNDEZ ROZAS (1991, 47-48).

²⁷ Véase, en este sentido, el apartado V de la Resolución-Circular, de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (*BOE* núm. 188, 8 de agosto de 2005): «a tenor del artículo 13 de la Constitución (...) “el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley”. Ahora bien, ello no supone, como advierte el Tribunal Constitucional, que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros sigan siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados – dentro de su específica regulación – de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. De modo que esta

Así las cosas, el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales del Título primero de la CE constituye un punto de partida común para construir la regulación de todos los supuestos incluidos en su esfera de aplicación, tanto en lo que respecta a los que se insertan en la vertiente del tráfico interno como a los pertenecientes al tráfico externo. No es que se hayan de regularse en paralelo, sino que el punto de partida, el límite mínimo para el goce de todos esos derechos, es común para nacionales y extranjeros, con independencia del carácter interno o internacional de las situaciones o relaciones que protagonicen. Sólo a partir de ese mínimo esencial la regulación podrá discurrir por líneas divergentes, hasta que la discordancia del tratamiento jurídico no pueda justificarse con base en la diferencia objetiva que el elemento extranjero imprime en el objeto que se regula (art. 14 CE). Por esta razón las normas de DIPr no pueden positivarse ni aplicarse al margen de estos principios, ni las soluciones de un ordenamiento extranjero, que fuesen reclamadas por las normas de conflicto del foro, podrán resultar operativas si no encajan coherentemente en el esquema de derechos y libertades fundamentales que la CE reconoce a los extranjeros²⁸.

configuración puede: a) prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles; b) puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida “a priori” la aplicación del principio de igualdad como parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad. En consecuencia, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, según nuestra jurisprudencia constitucional, depende del derecho afectado. Así hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros (*cf.* art. 23 C. E.), y finalmente otros que “perteneceerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los Tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. A la vista de lo afirmado por el propio Tribunal Constitucional en su Auto 222/1994, de 11 de julio, antes referido, a esta tercera categoría debe asimilarse el derecho al matrimonio. Así resultaría también del hecho de la ubicación sistemática del artículo 32 en la Sección 2.ª del Capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, esto es, entre los “derechos y deberes de los ciudadanos”, y no en la Sección 1.ª reservada para los “Derechos fundamentales y las libertades públicas”. En consecuencia no se puede sostener la tesis de una inconstitucionalidad sobrevenida y parcial del artículo 9 n.º 1 del Código civil por atentar contra el principio constitucional de igualdad al determinar un trato distinto para los españoles y los extranjeros en función de la utilización del criterio de conexión “estatuto personal” con la eventual consecuencia de privar de acceso al derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo a los extranjeros cuyo estatuto personal no se lo permita».

²⁸ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2018, 64). Así, por ejemplo, cuando dos sujetos del mismo sexo y distinta nacionalidad desean casarse en España, en la medida en que el *ius conubii* debe ser entendido como un derecho fundamental parte del núcleo esencial del art. 32 CE, la negación de la autorización para contraer matrimonio cuando nuestras autoridades resultasen competentes para constituirlo, supondría la negación de un derecho fundamental, tal como es concebido en el Derecho español (véase, a este res-

4. EL PAPEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA REGLAMENTACIÓN DEL TRÁFICO EXTERNO

4.1 Los derechos fundamentales como directrices de política legislativa

Una gran parte de la pasada centuria estuvo presidida por la idea de que el sistema de DPR de cada ordenamiento estatal, en cuanto delimitador de la esfera de validez del mismo, estaba sustraído a la influencia de la Constitución²⁹. El giro copernicano a este planteamiento se produjo con la célebre Sent. del TC alemán, de 4 de mayo de 1971³⁰, que afirmó, con carácter general, el control de constitucionalidad de las normas de dicha disciplina y, por lo tanto, el rechazo de su carácter neutro³¹. Tras la entrada en vigor de la CE, en España se ha asistido a un proceso de reforma legislativa profunda con el objeto de adecuar la normativa de DIPr a la idea nuclear de aseguramiento del respeto a los derechos fundamentales³², pues, en efecto, los principios directores o estructurales que incorpora la CE afectan, igual que al resto del ordenamiento jurídico español³³, al DIPr

pecto, la Res. Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo). De este modo, cualquier persona que entre en contacto con nuestro sistema jurídico, quedará amparada por los principios estructurales básicos que emanan de la CE e impregnan todo el Ordenamiento, en la medida en la que tales principios expresan la concepción española de los derechos humanos. Por lo tanto, las normas de DIPr no podrán positivarse ni aplicarse al margen de estos principios. Las soluciones de un sistema extranjero, que fuesen reclamadas por las normas de conflicto del foro, tampoco podrán resultar operativas si no encajan coherentemente en el esquema de derechos y libertades fundamentales que la CE considera patrimonio de cualquier individuo [ESPINAR VICENTE (2010, 301-302)].

²⁹ Véase PUENTE EGIDO (1973, 328). En Alemania, el debate surgió a raíz de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, en particular, ante la tensión entre su art. 3.2 (prohibición de discriminación entre hombres y mujeres) y la norma de conflicto en materia de efectos del matrimonio – § 15. 1 y 2 EGBGB, que utilizaba la ley nacional del marido como criterio de conexión –. La jurisprudencia civil conservadora mantendría que la aplicación de la ley nacional del marido no necesariamente perjudicaba a la mujer y que, al contrario, podría ser más ventajosa para ella, en lugar de la aplicación de su ley nacional [KINSCH (2010, 138); RIGAUX (1999, 121-122)].

³⁰ ARROYO MONTERO (1988, 95-96); ESPINAR VICENTE (1986, 109-110).

³¹ RIGAUX (1999, 121-122). La Sent. TC alemán sirvió de referente a la jurisprudencia civil para declarar la inconstitucionalidad de la conexión basada en una concepción patriarcal del matrimonio, que fue posteriormente reformada en 1986 para tratar por igual a los dos esposos. Esta reforma fue precipitada por dos Sents. del BVerfG., de 22 de febrero de 1983 y 8 de enero de 1985. La evolución en el Derecho alemán tuvo su influencia en Italia, habida cuenta de que el TC rechazaría el carácter neutro de las normas de atribución a través de dos importantes Sents. de la Corte Costituzionale, de 26 de febrero de 1987 (en relación con el art. 18 de las Disposiciones Preliminares al Cc italiano y los arts. 3.1 y 29 de la Constitución italiana) y de 25 de noviembre de 1987 (en relación con el art. 20 de las Disposiciones Preliminares al Cc italiano y las relaciones paterno-filiales).

³² Cuestión distinta es la consecuencia de la incidencia del universalismo de los derechos humanos en las funciones de la disciplina. Véase, a este respecto, DE MIGUEL ASENSIO (1998, 541-558), así como PAREDES PÉREZ (2010, 473-479).

³³ Sobre el papel de la CE ante la complejidad de planos normativos en sede de derechos fundamentales (el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), véase ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2013, 343-349).

en función de lo dispuesto en el art. 9.3 CE: el ordenamiento reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica. Todo ello ha llevado al poder legislativo a proceder a la modificación de las normas incompatibles con los principios estructurales o, en ausencia de reforma legislativa, a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas preconstitucionales contrarias a la CE, en virtud de lo dispuesto en el numeral primero (vinculación directa de la CE a los poderes públicos) y segundo (remoción de los obstáculos que se opongan a la efectiva incorporación de los principios a las decisiones adoptadas) del art. 9 CE³⁴.

A nivel de competencia judicial internacional, el hecho de que un Juez español se declare incompetente, arguyendo que las normas que delimitan nuestra jurisdicción no le otorgan competencia para asumir un asunto determinado, no supone necesariamente una vulneración de la tutela judicial efectiva³⁵. Lo que proscribiera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, a cuyo tenor: «Todas las personas tienen derecho a obtener tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», son los foros competenciales que primen la posición procesal de uno de los litigantes; los foros competenciales que permitan el conocimiento de nuestros Tribunales cuando el objeto de la controversia no manifieste una conexión mínima entre el asunto litigioso y el foro³⁶; los foros competenciales que por su carácter exorbitante impidan al demandado prever razonablemente su emplazamiento ante nuestra jurisdicción³⁷; y los foros que condicionen la compe-

³⁴ ARROYO MONTERO (1988, 95-96).

³⁵ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2013, 164-170).

³⁶ En la STC 61/2000, de 13 de marzo (BOE núm. 90, 14 de abril de 2000) en cuyo FJ 4 se razona del siguiente modo: «cabe afirmar que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia». Véase, a este respecto, VIRGÓS SORIANO, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2007, 58-60).

³⁷ Por ejemplo, una norma que estableciese que los tribunales españoles son competentes, con carácter general, cuando el demandante tenga su domicilio en España El art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue publicado con esta redacción estableciendo el domicilio del demandante como foro general. Fallo que tuvo que ser subsanado mediante una corrección de errores publicada en el BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985. «En el artículo veintidós, apartado 2.º donde dice: “Con carácter general. cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandante tenga su domicilio en España”, debe decir: “Con carácter general. cuando las partes se

tencia de nuestras Autoridades a que la ulterior decisión pueda ser reconocida en otros sistema extranjero³⁸.

A nivel de ley aplicable, el Derecho de familia ha sido el sector más sensible a dicha adecuación. Un claro ejemplo de la inconstitucionalidad de normas preconstitucionales de DIPr es el relativo a los efectos del matrimonio en los apartados 2 y 3 del art. 9, introducidos ambos por el Real Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de Reforma del Título Preliminar del CC, que sometía el régimen económico matrimonial a la Ley nacional del marido. Ambos preceptos sobrevivieron en nuestro sistema de espaldas al principio de igualdad general (art. 14 CE) y específico de los cónyuges (art. 32 CE), hasta la reforma de 1990. Durante ese lapsus de tiempo dichos preceptos plantearon problemas de Derecho transitorio que serían zanjados por la STC 39/2002, de 14 de febrero³⁹, en respuesta a un recurso de inconstitucionalidad en contra del art. 9.2 Cc, – extensible al Derecho interregional por el art. 16 CC –. La inconstitucionalidad sobrevenida basada en la retroactividad de la CE, justificó que finalmente el TC declarase la inconstitucionalidad del anterior art. 9.2 Cc⁴⁰.

Finalmente, en el plano del reconocimiento de decisiones extranjeras, la obligación internacional de cooperación forjada en la obligación al respeto de los derechos humanos no implica una obligación de reconocer todas las decisiones que emanen de autoridades extranjeras, sino la de establecer mecanismos unilaterales que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 3.3 LCJIMC). En particular, el art. 24 CE constituye un muro infranqueable cerrando el paso dentro de nuestro sistema de reconocimiento a expedientes y cautelas basados en planteamientos meramente publicistas, que coloquen a los particulares en una situación de desamparo obligándolas a invertir tiempo y recursos en un nuevo proceso, que ni siquiera es seguro que arroje resultados coincidentes con lo ya decidido. Por estos motivos no habrían de tener cabida

hayamos sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España”».

³⁸ De ahí que la Res. de la DGRN n.º 6/2006, de 10 de noviembre, revocase la denegación de autorización de un matrimonio homosexual entre dos ciudadanos ingleses, entendiéndose, entre otras razones que no es función de nuestras autoridades realizar una labor de control de la eficacia de un matrimonio en un país extranjero. Dicha labor de control corresponde desarrollarla a las autoridades extranjeras, que son las mejor posicionadas para decidir si el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España surte efectos jurídicos, y cuáles, en su país. Ya antes la Res. Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005, había señalado que no es función del Encargado del Registro Civil español actuar como «guardián» del sistema legal extranjero.

³⁹ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002.

⁴⁰ Sobre la cuestión específica de la inconstitucionalidad de las normas de DIPr anteriores a la CE, véase CALVO-CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ (2016, 82-84), GONZÁLEZ CAMPOS (2003, 17) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2005, 1145-1149).

en nuestro sistema ni el régimen de reciprocidad⁴¹, ni la revisión del fondo ni tampoco el control de la competencia legislativa (*cfr.* art. 48 LCJIMC)⁴², habida cuenta de que estos expedientes constituyen un riesgo innecesario de denegación efectiva de justicia incompatible con la lógica constitucional; interfirieren de manera negativa en la tutela judicial efectiva del interesado en el reconocimiento de la decisión extranjera.

4.2 Los derechos fundamentales como contenido del orden público internacional

Los principios constitucionales del Título I se corresponden con los valores básicos consagrados por la CE (orden público constitucional), los cuales vinculan también a los Jueces y Autoridades a la hora de aplicar la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto y al reconocer y ejecutar en el foro una decisión extranjera⁴³. Sin embargo, para hacer operar la excepción del orden público del foro, no bastan con que la disposición extranjera reclamada o la resolución extranjera no responda fielmente a las directrices de política legislativa del foro, sino que es preciso que choque frontalmente con ellas. El DIPr tiene por finalidad articular un tratamiento distinto para un segmento del tráfico que es diferente; en consecuencia, no se trata de buscar una regulación igual o similar. Lo que debe evitar el orden público es que la respuesta dispar implique una ruptura con la coherencia que caracteriza al sistema del foro.

Consecuentemente, en atención a las circunstancias del caso y a la vista de la intensidad de los contactos que manifieste el supuesto con el medio socio-jurídico del foro⁴⁴, podrá atemperarse el rechazo de lo desacorde o llegar a aceptar un resultado diferente siempre que no repercuta directamente sobre el propio ámbito social (orden público atenuado). Podrá aceptarse una parte de las previsiones legislativas extranjeras o de la parte dispositiva de la resolución

⁴¹ Propugnando la inconstitucionalidad absoluta del régimen de reciprocidad, AMORES CONRADI (1995, 276-278).

⁴² Sobre el fundamento constitucional de la prohibición de la revisión del fondo de la resolución extranjera y el control de competencia legislativa. Véase PAREDES PÉREZ (2019, 445-449).

⁴³ ESPINAR VICENTE, PAREDES PÉREZ (2018, 141-142). Sobre la aplicación de los derechos fundamentales por el cauce de las normas imperativas y del orden público, véase PAREDES PÉREZ (2010, 485-490).

⁴⁴ Véase CARRASCOA GONZÁLEZ (2008, 27). Un ejemplo es la norma unilateral creada por la Res. Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, que extiende la aplicación de la ley española a la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo cuando se trate de español y extranjero o entre extranjeros residentes en España en correspondencia con los criterios de competencia de autoridades en la materia.

extranjera, y rechazar las demás (reconocimiento parcial); o podrán paliarse sus efectos al contrastar el juego del orden público con el de otros principios de carácter positivo, tales como el *favor matrimonii*, el *favor negotii* o el interés superior del menor. Así pues, podría aceptarse un matrimonio poligámico a efectos de conceder alimentos a la segunda esposa o a fin de reconocer el carácter matrimonial de la filiación del hijo nacido de esa segunda mujer (efecto positivo del orden público) y, sin embargo, negar el reconocimiento de la relación conyugal de los padres.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORES CONRADI, M. (1995), «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», en *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 268-316.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2005), «Desarrollo y normalización constitucional del Derecho internacional privado español», en *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, pp. 1140-1163.
- ARCE JARNAIZ, A. (1987), *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid.
- ARROYO MONTERO, R. (1988), «Derecho internacional privado y Constitución (proyección en la jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional Federal de Alemania)», *Revista española de Derecho Internacional*, núm. 2, pp. 89-103.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016), *Derecho internacional privado. Volumen I*, 16.^a ed., Comares, Granada.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008), «Orden público internacional y externalidades negativas», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2065, pp. 2351-2378.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (1998), «Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, pp. 541-558.
- (2005), *Régimen jurídico de la publicidad*, Iustel, Madrid.
- ESPINAR VICENTE, J. M. (1986), «Constitución, desarrollo, legislatura y Derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 109-134.
- (2010), «De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo», *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, pp. 273-322.
- (2012), «El Derecho Internacional privado en los umbrales de un nuevo cambio. Historia, doctrina y praxis», *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º 30, pp. 9-46.

- ESPINAR VICENTE, J. M. y GUZMÁN PECES, M. (2017), *Nacionalidad y extranjería*, Dykinson, Madrid.
- ESPINAR VICENTE, J. M. y PAREDES PÉREZ, J. I. (2013), «El marco constitucional del Derecho internacional privado español», en Forner i Delaygua et al. (coords.), *Libro Homenaje a la Dra. Alegría Borrás Rodríguez, Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Marcial Pons, pp. 329-349.
- (2018), *Tráfico externo y litigación civil internacional*, Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (1991), «Extranjería: principio de Derecho internacional general», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 11, pp. 39-51.
- (1995), «Capítulo IV: Normas de Derecho internacional privado», en Albadalejo, M., y Díaz Alabart, S., (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Edersa, Jaén, pp. 1 – 95.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2016), *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- GONZALEZ CAMPOS, J. D. (1995), «El marco constitucional de los conflictos de leyes en España», en Hommelhoff, P., Jayme, E., y Mangold, W. (eds.), *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, pp. 7-32.
- (2000), «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation», *R. des C.*, t. 287, pp. 9-426.
- (2003), «The Spanish Constitution and Private International Law in Constitutional Jurisprudence», *SYL*, vol. IX, pp. 1-26.
- KINSCH, P. (2005), «Droits de l'homme, droit fondamentaux et droit international privé», *R. des C.*, t. 318, pp. 9-332.
- PAREDES PÉREZ, J. I. (2010), «La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, pp. 471-490.
- (2019) «La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de crisis matrimoniales: cuestiones generales y sistemas de origen europeo y convencional», en Guzmán Zapater, M., y Herranz Ballesteros, M., *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea (estudio normativo y jurisprudencial)*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 431-498.
- PUENTE EGIDO, J. (1973), «Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 a 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones entre cónyuges», *Revista Española de Derecho Internacional*, pp. 327-348.
- RIGAUX, F. (1999), «Droit constitutionnel et droit international privé», en Dony, M. (coord.), *Mélanges en hommage à M. Waelbreck*, vol. I, Bruselas, pp. 111-137.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2012), «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en Esplugues Mota, C., et al. (dirs.), *Nuevas fronteras*

del Derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 133-145.

VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2007), *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2.^a ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

LA JURISPRUDENCIA CONTINENTAL Y LA DEL *COMMON LAW*: ¿UN ACERCAMIENTO?

NATALIA DEL BARRIO
Universidad Europea

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La jurisprudencia en el *common law* y el razonamiento jurídico subyacente. 3. Valoración crítica de ambas nociones de jurisprudencia. 4. Relevancia de las diferencias: ¿sustanciales o estereotipos? 5. La jurisprudencia como fuente del derecho en sentido formal en sistemas jurídicos continentales. 6. Reflexiones finales. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Los insignes comparatistas Zweigert y Kötz dejaron escrito, ya a mitad del siglo xx, que ningún estudio jurídico merece el nombre de ciencia si se limita a fenómenos surgidos dentro de sus propias fronteras (1998, 15). Nunca antes habían resultado tan oportunas estas palabras, pues en las últimas décadas, se ha producido una incontestable interacción global que afecta a todas las áreas del derecho, de forma que apenas quedan resquicios del ordenamiento interno que se hayan mantenido inmunes a influencias o consideraciones procedentes de otros entornos jurídicos.

Aunque el interés por otros sistemas jurídicos está aumentando extraordinariamente, es indudable que en la órbita del derecho continental la mayor interacción se da con el *common law*. En España, en particular, la relación con

jurisdicciones del *common law*, en su versión británica y estadounidense, está creciendo de forma exponencial.

La cuestión presenta especial relevancia en la actualidad pues en no pocos sistemas jurídicos continentales está sobre la mesa el debate acerca del alcance formal que debería tener la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho. Y en este debate, sobrevuela persistentemente la noción anglosajona de jurisprudencia.

Sin embargo, más allá de algunas nociones generalistas, como que la jurisprudencia es la principal fuente del derecho y que la vinculación al precedente requiere a los jueces resolver los asuntos ateniéndose a lo ya decidido con anterioridad en asuntos análogos, es poco lo que el jurista continental sabe del *common law*. En general, se desconoce el concepto anglosajón de jurisprudencia, el cómo opera en la práctica y las implicaciones de que el derecho sea creado por los jueces en lugar de por el parlamento. Persisten en el imaginario jurídico romano-germánico frecuentes confusiones y estereotipos al respecto. Existe una razonable tentación de buscar una equivalencia a los precedentes en otras nociones o prácticas jurídicas con las que el derecho continental está familiarizado, como el razonamiento por analogía o la consolidación de la jurisprudencia. Pero la jurisprudencia angloamericana es una institución singular y propia del *common law* que no puede asimilarse a ninguna de las conocidas por el derecho continental.

El planteamiento de este artículo parte de un análisis comparado del derecho continental y del *common law* en lo que se refiere al valor que otorgan a la jurisprudencia en su respectivo sistema de fuentes del derecho, así como el distinto razonamiento jurídico que subyace en una y otra concepción. En segundo lugar, se repara en los aspectos positivos y negativos que la doctrina ha venido apuntando acerca de ambas concepciones jurisprudenciales. A continuación, nos planteamos si la paradigmática distinción en cuanto al papel desempeñado por la jurisprudencia es sustancial y demarcadora, como tradicionalmente se ha venido considerando; o si, por el contrario, habría de entenderse que ha devenido en accesorio y prácticamente irrelevante. En cuarto lugar, se valora si está ocurriendo un acercamiento entre las dos tradiciones en lo que se refiere a las fuentes del derecho ya que, en el *common law* cada vez se promulga más legislación, mientras que en el derecho continental la jurisprudencia está desempeñando un papel cada vez más relevante. Esta tendencia nos lleva a reflejar algunas consideraciones a tener en cuenta en la órbita jurídica continental, antes de dotar a la jurisprudencia de naturaleza de fuente del derecho en sentido formal, al modo anglosajón. En último lugar, se exponen algunas reflexiones finales.

2. LA JURISPRUDENCIA EN EL *COMMON LAW* Y EL RAZONAMIENTO JURÍDICO SUBYACENTE

El derecho continental viene fundamentalmente marcado por el derecho romano, clásico y justineano, que lo dotan de una propensión a sistematizar los conceptos jurídicos en principios y categorías, desarrollados a través de sucesivas escuelas de pensamiento jurídico hasta confluir en los fenómenos codificadores que marcaron los sistemas jurídicos romano-germánicos tal y como los conocemos en la actualidad. El origen histórico del *common law*, por su parte, se encuentra en la Inglaterra de la Baja Edad Media y su evolución ha venido claramente marcada por un cuerpo de normas que fueron desarrollando los jueces, a través de los siglos, con altas dosis de pragmatismo. Los principios sustantivos no se crearon, como en el derecho continental, *ex ante* y con carácter general, sino que se fueron desarrollando *ad hoc*, en respuesta a la necesidad de resolver los conflictos según iban surgiendo (De Cruz, 1999, 38).

Así, el derecho continental se basa en la ley, que se formuló en las universidades, se codificó y fue dotada de autoridad por los parlamentos. En el *common law* se entendió que toda aquella labor era, fundamentalmente, patrimonio de los jueces.

El diverso recorrido histórico trae causa de un distinto modo de razonar jurídico. En efecto, en el derecho romano-germánico existe una clara tendencia a concebir construcciones jurídicas abstractas, de las que emanan principios y normas generales, que se clasifican en categorías y se sistematizan en códigos articulados. Impera un ideal de racionalidad y abstracción que permite definir, organizar, y dar coherencia al derecho. La tradición del *common law*, por su parte, aborda la reflexión jurídica de un modo diferente puesto que, en lugar de prever, sistematizar y regular de la manera más comprensiva posible y con antelación todos los hechos que puedan acontecer, improvisa la solución jurídica o investiga si se ha regulado en el pasado un caso similar que pueda vincularse al presente. En definitiva, mientras que la concepción jurídica que impera en el derecho romano-germánico es racionalista, normativista y formalista, en el *common law* prima el empirismo y el pragmatismo. En el primero prevalece la generalización y el espíritu teórico, mientras que en el segundo, impera el casuismo y el espíritu práctico.

Estas actitudes cognoscitivas disímiles se reflejan en tres aspectos concretos, a saber: cómo se construye el sistema jurídico, cómo se crea y se impulsa el derecho y cómo procede el jurista ante el mismo. Veamos a continuación estas tres implicaciones, no sin antes hacer notar que no han de entenderse como ele-

mentos aislados sino como emanaciones sucesivas del distinto proceder en la reflexión jurídica (Zweigert y Kötz, 1998, 69-70).

La primera hace referencia al valor de la sistematización como elemento consustancial del ordenamiento jurídico. Por un lado, el derecho continental tiende a hacer planes, a regular los hechos con antelación y, por tanto, a crear normas generales y sistematizarlas. Se enfrenta a la vida con ideas fijas, predefinidas, y opera de forma deductiva. El *common law*, por su parte, improvisa y nunca toma una decisión antes de tener que hacerlo, conforme al clásico proverbio de «cruzar el puente solo cuando se llegue a él» (Zweigert y Kötz, 1998, 70).

Se trata de un razonamiento empírico donde solo cuenta la experiencia y que se encuentra más cómodo procediendo cautelosamente, paso a paso con cada caso, que estableciendo normas que pretendan resolver de antemano todos los casos que hayan de producirse en el futuro. Manifiesta, de hecho, una cierta aversión ante la generalización y la sistematización de las que se congratula el derecho continental. Esta tendencia de la familia del derecho romano-germánico a utilizar normas jurídicas abstractas, ha derivado en la construcción de un sistema bien articulado compuesto por áreas de conocimiento jurídico estrictamente reguladas, donde el legislador es el promotor del derecho y este se recoge en leyes y códigos que constituyen la principal fuente. En cambio, el *common law* evolucionó gradualmente, de decisión en decisión y, como consecuencia de ello, es la magistratura la impulsora del derecho y la jurisprudencia la fuente primordial. A resultas de lo anterior, mientras que el derecho continental se concibe como un sistema completo y exento de lagunas, el *common law* se va desarrollando gradualmente según lo van requiriendo las circunstancias.

En segundo término y, en estrecha conexión con el planteamiento anterior, vemos como la pretensión del derecho continental de planear, sistematizar y regular todas las materias de la forma más comprensiva posible, deriva en que es la ley la fuente que fundamentalmente crea el derecho. Lo hace, además, de forma explícita, tratando de enunciar principios de aplicación universal, que queden claramente establecidos. El *common law*, a *sensu contrario*, prefiere improvisar y es el juez quien crea el derecho, una vez que se ha producido la situación que se ha de solucionar y no antes. Solo cuando la solución dispensada por la jurisprudencia en una determinada materia resulte confusa o presente lagunas, se planteará el legislador una regulación comprensiva de toda la casuística. E incluso cuando se promulguen leyes, a menudo será necesario tener en cuenta los precedentes para interpretarlas, tratándose más de una consolidación (y aclaración) del derecho existente, que propiamente creación

del mismo (De Cruz, 1999, 40). Así, mientras que en la familia continental es el legislador el que crea y reforma el derecho, *ex ante* y *ex novo*, en la tradición inglesa, la principal impulsora del derecho es la magistratura. En palabras de Radbruch, «Allí [en el derecho continental] se instituye el derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la ley; aquí [en el *common law*] sobre la base de la vida jurídica y la naturaleza del asunto» (2001, 55).

En tercer lugar, el distinto modo de reflexión jurídica encuentra reflejo en la percepción que tiene el jurista del derecho, en cómo razona y en el papel que desempeña ante el mismo. Mientras que en la tradición romano-germánica, el derecho se forja y se estudia en las universidades y los grandes juristas son profesores, en el *common law*, que proviene de la experiencia y se fragua en los tribunales, los grandes juristas son los jueces (Zweigert y Kötz, 1998, 69). O dicho de otro modo, la ciencia continental es escolástica en sus orígenes, la del *common law*, forense (Maekelt, 2002, 90). El jurista continental pone la fe en los silogismos, el del *common law*, en los precedentes. Resultan reveladoras las preguntas de las que parten uno y otro: mientras que el primero se pregunta «¿cómo vamos a proceder esta vez?» el segundo se pregunta «¿qué hicimos la última vez?» (Cooper, 1950, 470). Donde el derecho continental pretende hallar una solución a los eventuales problemas, que prevé con antelación, antes de tener que llegar a los tribunales, el *common law* pretende solucionar los problemas tan solo cuando hayan surgido y lo hace ante los propios tribunales. El jurista continental reflexiona de principio general a principio general, pero el jurista del *common law* lo hará de caso a caso. El primero razona en abstracto, en términos de los principios jurídicos que rigen para una determinada situación; mientras que el segundo lo hará en concreto, en términos de casos particulares, de las partes y de sus circunstancias (De Cruz, 1999, 39). Así, mientras que el operador jurídico continental se pregunta qué solución prevé la norma, el operador jurídico del *common law* se pregunta cómo decidirá el juez en atención a los precedentes existentes. Si la interpretación jurídica continental se basa en una norma o en la analogía, la interpretación del *common law* es una suerte de «profecía» sobre cómo decidirá el juez. Esta concepción del derecho, por un lado eminentemente práctica, implica, por otro lado, ciertas especulaciones con los conceptos que a veces adquieren una peligrosa vida propia (Zweigert y Kötz, 1998, 69) y que para el jurista continental parecen desafiar el sacrosanto principio de seguridad jurídica. De ambas «mentalidades», tal como las denomina Legrand, se deriva que los ingleses estimen que un Código civil es incompatible con la justicia, mientras que los europeos continentales, opinarán que contribuye precisamente a favorecer la justicia (Legrand, 2009, 209).

El elenco de contrastes referido más arriba origina una larga serie de consecuencias que se dispersan por todo el sistema jurídico. La mentalidad del jurista presenta una esencial trascendencia en la formación de un determinado estilo jurídico. En definitiva, donde el primero tiende a la planificación, a la regulación del futuro mediante normas abstractas y un sistema claramente estructurado, el segundo improvisa, y solo resuelve cuando se le exige una solución inmediata. La diferencia entre las dos imágenes será mayor o menor, en función del área o de la institución jurídica de que se trate en cada caso particular. Pero de lo que no hay duda, es que conforman sendos estilos jurídicos que impregnan, respectivamente una y otra tradición en su integridad.

Conviene recordar, no obstante, que estas características peculiares no se reflejan exclusivamente en el estilo jurídico. Y es que, en el fondo, como precisan Zweigert y Kötz, el contraste entre ambos modos de reflexión jurídica y sus consecuencias no son sino reflejo de las distintas mentalidades del hombre del continente y del inglés, quizá forjada por la insularidad de este último (1998, 70). A decir de Castán, existe en efecto, una oposición entre la concepción racionalista del hombre del continente europeo y la concepción empírica del universo que tienen los ingleses y, obviamente, esto tiene que influir también en la forma en que se concibe y aplica el derecho (Castán Tobeñas, 1964, 153).

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE AMBAS NOCIONES DE JURISPRUDENCIA

La valoración crítica de una comparación no implica necesariamente juzgar cuál, de entre los sistemas o instituciones comparados, es el «mejor» o el «ideal», como sugiere De Cruz (1999, 224). Por nuestra parte, nos adscribimos más bien, al sentir de Zweigert y Kötz cuando escribían que la valoración no siempre tiene por qué concluir que alguna de las soluciones es mejor, sino que más frecuentemente, las soluciones serán igualmente válidas o resultará difícil inclinarse razonadamente por una de ellas (1998, 47). Siendo esto así, vaya por delante que no pretendemos realizar un juicio crítico acerca de si la concepción de la jurisprudencia que impera en los sistemas continentales es «mejor» o «peor» que la del *common law*. Ni pretendemos tampoco pronunciarnos en favor de una u otra técnica. Como alegaba Merryman, no se aspira a afirmar la valía, dominio o preferencia de una u otra tradición jurídica, puesto que cada una presenta áreas de aplicación válidas pero no es adecuada para considerar otras (1999, 26). No hay duda de que ambas técnicas presentan una serie de aspectos positivos y negativos que trataremos de condensar sucintamente a continuación.

Entre los aspectos positivos que se le atribuyen al *common law*, destaca una mayor flexibilidad para la adaptación y reforma de las normas que permite, asimismo, tener en cuenta todos los hechos y particularidades del caso (Prada y Muñoz, 2014, 8). Hace que el derecho evolucione gradualmente, con jueces más pragmáticos que se muestran más proclives a utilizar argumentos procedentes de otras ciencias sociales. Son jueces, por lo demás, ferozmente independientes, que llevan a gala el precluir toda intromisión del poder político (Siems, 2014, 42). De entre los elementos positivos que se atribuyen al concepto de jurisprudencia propio del derecho continental destacan, por su parte, la mejor sistematización del derecho aplicable y la mayor seguridad jurídica del sistema, en la medida en que busca respetar las decisiones del legislador y aplicar la ley de forma racional y predecible.

Como elementos negativos, se predica de la jurisprudencia en el *common law* la gran variedad y diversidad de decisiones, que dificulta sobremanera la tarea de encontrar el precedente aplicable al caso concreto (Prada y Muñoz, 2014, 8). Además, la vinculación al precedente se traduce en una rigidez implícita por cuanto que supone, en la mayoría de las ocasiones, la obligación de respetarlos. Escasea asimismo en predictibilidad y en seguridad jurídica, al no poder preverse, con antelación, las normas o sus modificaciones, puesto que dependen de una hipotética decisión judicial que se desconoce *a priori*. Se le atribuye, igualmente, que a pesar de técnicas maduras y refinadas para crear derecho casuístico, perdura una literalidad rígida y poco imaginativa en lo que se refiera a la interpretación del derecho legislado. En este sentido, se hace bueno el dicho según el cual «los juristas del derecho continental ven la jurisprudencia del *common law* con admiración y su interpretación de la ley con desesperación» (Zimmermann, 2011, 209).

Los inconvenientes que se le imputan a la técnica jurisprudencial de la familia romano-germánica suelen concentrarse, por su parte, en el papel desempeñado por el juez, que se percibe como positivista, mecánico y poco creativo (Siems, 2014, 42).

4. RELEVANCIA DE LAS DIFERENCIAS: ¿SUSTANCIALES O ESTEREOTIPOS?

Nos preguntamos si las diferencias expuestas en las líneas anteriores en relación con la jurisprudencia como fuente del derecho, siendo como son significativas, derivan en consecuencias también significativas. Lo cierto es que no hay acuerdo unánime a este respecto en la doctrina comparatista. Mientras que

una parte de la misma aboga por la exigua relevancia práctica que presenta en la actualidad las distintas concepciones de la jurisprudencia, otra parte persiste en atribuirle todavía efectos reveladores. Como muestra de ello, exponemos a continuación los planteamientos más representativos de una y otra postura.

Entre los primeros, destaca Schlezinger, para quien las fuentes, las técnicas y el sistema del derecho continental constituyen unos hábitos mentales que gobiernan la tradición jurídica y judicial que vincula al mundo del derecho romano-germánico y lo diferencia del anglo-americano. Sin embargo, este autor reconoce también que un mismo problema jurídico, planteado en el derecho continental y en el *common law*, lleva en la práctica a la misma solución y que cuando existen genuinas diferencias en el resultado, estas obedecen más a factores de calado político y social, que puramente jurídicos (1960, XVIII-XX).

En una línea muy similar, Zweigert y Kötz restan importancia a la paradigmática diferencia entre ambas familias y advierten que hay que estar en guardia ante la visión unilateral adoptada por el observador superficial. Pronostican que, aunque muchos juristas todavía no sean conscientes de ello, ha perdido mucha de la plausibilidad de la que disfrutaba. Los tribunales ingleses han ido menguando su primacía como creadores de derecho frente al parlamento y a la administración. Los tribunales del continente, por su parte, siguen basándose en los códigos –ya envejecidos– solo en el sentido más técnico, mientras que el legislador se afana en aprobar leyes generales que echan la carga de la creatividad legislativa en brazos de los tribunales. Hoy día, la cuestión de si la fuente primaria es la ley o la jurisprudencia, arroja muy poca ayuda acerca de cómo entender las diferencias entre una y otra familia (1998, 20-77-201). El juez lleva a cabo una ineludible labor interpretativa y de integración, pues es inevitable que el ordenamiento presente lagunas jurídicas, que el juez tiene obligación de cubrir, de la misma forma que hay áreas del derecho donde la ley solo marca las pautas generales y el juez se ve obligado a desarrollarlas para su aplicación. Por otra parte, el legislador se encuentra tan sobresaturado en su labor, que son frecuentes las ocasiones en que es la jurisprudencia la que tiene que cubrir la brecha y tomar la iniciativa. Es innegable que los jueces continentales están tomando un papel cada vez más activo y por tanto hay más margen para el método inductivo y para una técnica judicial basada en una mayor consideración del aspecto fáctico (Zweigert y Kötz, 1998, 268-271).

Siems esgrime, igualmente, el error que subyace en la concepción del juez continental como una figura sin trazas de creatividad, que aplica mecánicamente unas normas auto-explicativas. Un examen detenido de las técnicas utilizadas –y sin perjuicio de las diferencias metodológicas– muestra que, en ambos casos, los jueces operan bajo principios razonablemente amplios y que,

en ambos casos, consultan lo que dijeron los tribunales en casos anteriores (2014, 69). Se ha perdido también la relevancia de la distinción en cuanto a la legislación, por cuanto que apenas hay diferencias entre los sistemas que tienen códigos y los que no. Así, en derecho continental los códigos ya no son la fuente del derecho más significativa y, en el *common law*, se dice que se ha llegado a la «era de la legislación» («*age of statutes*») (Siems, 2014, 69).

Zimmermann es asimismo tajante cuando apuesta por la inexorable convergencia de las dos familias occidentales¹. El tradicional papel desempeñado por la jurisprudencia en los sistemas angloamericanos está paulatinamente transformándose, puesto que cada vez existe más derecho legislado. Y a la vez, aunque no sea fuente del derecho en sentido formal en los países de tradición romano-germánica, la jurisprudencia presenta una gran importancia práctica en la interpretación e integración de la ley. La jurisprudencia de los tribunales superiores condiciona las resoluciones de los inferiores y, por tanto, de toda la aplicación de la ley. A pesar de la importancia tradicionalmente concedida al hecho de que la jurisprudencia sea o no fuente del derecho, hoy día esto es más una cuestión terminológica y conceptual que derivada de la práctica jurídica.

En contraposición a estas posturas, parte de la doctrina comparatista mantiene que el distinto valor otorgado a la jurisprudencia sigue siendo un aspecto definitorio de la distinción entre el derecho continental y el *common law*. Voz representativa de esta opinión es la de De Cruz, para quien es aun patente que la principal fuente del derecho en los sistemas continentales sigue siendo la ley, en su versión codificada o no, mientras que en el *common law* sigue predominando la jurisprudencia. Aunque haya excepciones a esta regla, estas no hacen sino probarla (1999, 8-9). Para este autor, por mucho que en los tribunales de ambas familias se recurra a la jurisprudencia como fuente, los métodos y las técnicas para hacerlo difieren de tal forma que es más apropiado seguir mantenimiento la divergencia (1999, 41-42). Reconoce, no obstante, que es innegable que el *common law* ha cambiado en sus 900 años de historia y que el derecho legislado –concebido en tiempos como un «mal necesario» y un «inconveniente ocasional»– ha experimentado una notable proliferación desde finales del siglo xx. Esto es así hasta el punto de que en algunas ramas del ordenamiento jurídico puede decirse, sin ambages, que la ley es la principal fuente del derecho. Se han adoptado además, bien explícita o implícitamente, principios generales basados en estándares morales, de política social o de probidad comercial.

¹ El Profesor ZIMMERMANN manifestó a la autora de este artículo su inequívoco convencimiento de ello durante la estancia de investigación realizada en septiembre de 2014 en el Instituto Max Plank de Hamburgo, que este Profesor dirige.

Aunque pudiera percibirse en esto un cierto paralelismo con el derecho continental, lo cierto es que la naturaleza que se le atribuye a la ley sigue siendo dispar: el fin de la ley en el *common law* sigue siendo la resolución de disputas particulares y no el de convertirse en proveedora de verdades universales y soluciones generales. La técnica jurídica sigue estando basada en el proceso de razonamiento por analogía y subsiste la vinculación por precedente. En definitiva, todavía perdura la insoslayable diferencia de que para determinar el derecho aplicable, el jurista del *common law* consultará casos y el del derecho continental consultará leyes (De Cruz, 1999, 137, 545).

Sin embargo, pese a sus dogmáticas aserciones en cuanto a la persistencia de la distinta concepción de la jurisprudencia, incluso De Cruz es consciente del acercamiento que están experimentando las dos familias en la utilización de las fuentes del derecho. Aun siendo partidario de que es relevante, útil y riguroso mantener la distinción entre derecho continental y *common law*, no descarta que puedan evolucionar hacia una situación en la que tanto la ley como la jurisprudencia tengan la misma autoridad. En este sentido, entiende que aunque la convergencia sea posible en determinados aspectos, hay otros –como la ideología, las políticas sociales y económicas, los valores morales y filosóficos, las actitudes hacia el derecho y las estructuras judiciales, y administrativas– que deberían reconciliarse antes de poder llegar a ella (1999, 43).

En general, la doctrina sigue siendo partidaria de estudiar las fuentes de las dos familias por separado, pero coinciden claramente en que se entrevé un acercamiento entre «estos dos mundos», ilustrado ya por sistemas donde no solo han sabido coexistir sino incluso combinarse. No puede obviarse, en efecto, que ambas familias forman parte de una tradición jurídica occidental que representa expresiones culturales peculiares, procedentes de una misma matriz (Pegoraro y Rinella, 2002, 93-98).

En este contexto, Siems aporta, una vez más, la clave de cómo ha de enfilarse el planteamiento. A su modo de ver, no se trata de obviar las diferencias que existen entre el derecho continental y el *common law* con respecto de las fuentes del derecho. Se trata, más bien, de entender que tales diferencias no son el *quid* determinante para comprender ambos sistemas. No es realista considerar que el derecho de ambas familias –concebido en su totalidad como el conjunto de legislación, jurisprudencia, cultura jurídica, ejercicio, etc.– esté caminando hacia la identidad. Pero ello no significa que no esté habiendo convergencia, por cuanto que esta no precisa necesariamente de identidad (2007: 11-12). Es decir, incluso aunque persistan notables diferencias, como por ejemplo en cuanto a la cultura jurídica, ello no impediría la convergencia. Y es innegable, en este senti-

do, que la convergencia se está dando en el seno de la Unión Europea en muchos aspectos jurídicos, aunque ello no lleve aparejada la identidad².

5. LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN SENTIDO FORMAL EN SISTEMAS JURÍDICOS CONTINENTALES

En aras de esa potencial convergencia y partiendo de un panorama en el que el juez del derecho continental y el legislador del *common law* desempeñan un papel cada vez más activo en el desarrollo del derecho, lo relevante es determinar en qué medida cada uno puede contribuir al enriquecimiento del otro. En efecto lo deseable sería que la convergencia derivara hacia un horizonte en el que se complementarían las fortalezas de ambos sistemas.

El jurista continental podría beneficiarse de un mejor conocimiento de las técnicas que le permitan reconciliar la seguridad jurídica con una mayor flexibilidad de la norma, de modo que esta se adecúe a las circunstancias particulares del asunto. En efecto, el *common law* está más cómodo discutiendo las particularidades del caso, frente a un derecho continental que apenas las trata y prefiere categorizarlas, a veces de forma incluso cruda y simplista, para llevarlas lo más rápido posible a la norma jurídica que las enmarca. El *common law*, por su parte, ha desarrollado un cuidadoso y preciso modo de bucear en los hechos, distinguiendo unos de otros, y deduciendo principios generales suficientemente abstractos y a la vez concretos y apegados a las circunstancias fácticas del asunto (Zweigert y Kötz, 1998: 269). Y es aquí donde la experiencia de los anglosajones resulta del máximo interés para el derecho romano-germánico.

No ha pasado desapercibido, en los sistemas continentales, la necesidad de una mayor consideración a los hechos y una mayor flexibilidad por parte de los tribunales para adaptar las normas contenidas en leyes y códigos a las circunstancias concretas del caso. Sobrevuela, asimismo, el principio de la *stare decisis* como garante de una mayor seguridad jurídica y eficacia en la administración de justicia. Esta idea suele denominarse superficialmente como un «acercamiento al *common law*» por cuanto que parece dotar a la jurisprudencia del «estatus» de fuente del derecho en sentido formal y no como mero complemento.

² SIEMS destaca que, a escala global, la eventualidad de una convergencia jurídica es más controvertida. Para este autor se da la «convergencia por congruencia» cuando las condiciones políticas, sociales y económicas que están en el trasfondo del derecho se acercan internacionalmente, en cuyo caso, también el derecho será cada vez más semejante. La «convergencia por presión» se da cuando grupos de interés presionan para que se produzca una similitud de leyes entre los distintos países en los que operan. SIEMS (2007), pp. 11 y 12.

En este contexto, algunos sistemas de la tradición jurídica romano-germánica se han planteado, con mayor o menor intensidad y fortuna fórmulas de acercamiento y han dotado a la jurisprudencia de una mayor preeminencia en el sistema de fuentes del derecho. Las reformas propugnan que sea la ley la que establezca los principios con carácter general y la jurisprudencia la que los desarrolle. Ejemplos paradigmáticos de esta tendencia son los Países Bajos (Hondius, 2007, 1-18) y Brasil. En España, se llevó a cabo un tímido connato en el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 2014 que, además del valor complementario que le atribuye el apartado 6 del artículo 1 del Código civil, otorgaba a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo una «verdadera fuerza vinculante para los Tribunales inferiores de aquella Jurisprudencia del Tribunal Supremo que pase a considerarse doctrina jurisprudencial vinculante». Finalmente, este aspecto no encontró acomodo en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificaba la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En este escenario, se espera implícitamente del juez continental que ante la indeterminación de la ley aplicable ‘cree’ el derecho necesario para dar una solución justa. A primera vista, pudiera parecer que se asemeja en esto a su colega del *common law* (y de ahí el supuesto acercamiento). Pero he aquí que la diferencia es muy significativa, pues cuando el juez del *common law* crea derecho, está guiado por unas reglas y técnicas desarrolladas al efecto durante siglos, de las que carece y desconoce el juez continental.

Díez Picazo aporta la clave al apuntar que «que un trasplante de la creatividad judicial anglosajona no es conveniente, sencillamente porque faltan los elementos de legitimación y control propios de ese modelo: el modo de selección del Juez y la doctrina del precedente» (Díez-Picazo, 1992, 36)³.

³ En el IV Congreso Internacional sobre Perspectivas del Constitucionalismo contemporáneo, celebrado en la Universidad de Murcia en noviembre de 2008, en el que se enmarca este artículo, ARAGÓN recordaba en su intervención la diferencia entre *gubernaculum* y *iusdictio*. Así, los jueces del derecho continental no deben ser los creadores del derecho porque, en ese caso, desaparecerían las dos premisas del constitucionalismo, que son el estado de derecho y la seguridad jurídica. Pueden interpretar, incluso derogar, recrear... pero no crear. Hay hoy día una pugna entre el poder político y el jurisdiccional, que busca facultades de control. Pero el poder jurisdiccional debe asegurarse únicamente de contar con jueces independientes, solventes, que han de interpretar de forma objetivada. El juez no es agente del cambio social y si quiere serlo, deberá colgar la toga y presentarse a las elecciones. La excusa es muchas veces la búsqueda de la ponderación, la justicia material, la equidad, pero es la excusa que sirve para saltarse la norma jurídica. En el mismo sentido se manifestó DE VERGOTINI, alertando del peligro que supone llegar a la decisión «adecuada» por la vía judicial y fuera del trámite parlamentario, algo que parece hoy día justificado en atención a algún tipo de «emergencia», ya sea terrorista, económica, migratoria, digital, etc. El riesgo, para MORRONE, es que el juez se convierte así en el instrumento de una constitución *ad hoc*; pero la constitución, sin embargo, debe ser objetiva para la comunidad política. Luego, en el constitucionalismo continental, no es posible un sistema jurídico fundado en el precedente, puesto que el juez está sujeto a la ley: debe ser independiente subjetivamente del poder político, pero objetivamente debe depender de un

Dotar de una mayor flexibilidad a la ley de forma que permita al juez continental adaptarla a las circunstancias del caso es una tendencia no solo encomiable sino, nos atrevemos a decir, inevitable. Pero es preciso alertar de la cautela con que hay que proceder al efecto. Es un delicado equilibrio aquel en el que se otorga al juez la discreción para adaptar las reglas predecibles establecidas por la ley. Sobre todo cuando hay riesgo cierto de que se socave la seguridad jurídica y la uniformidad, objetivos primordiales de la codificación y cimiento de los sistemas continentales.

6. REFLEXIONES FINALES

En su evolución, el derecho continental se ha configurado como un sistema «cerrado» en el que cualquier asunto puede, al menos teóricamente, solucionarse mediante la aplicación de una norma jurídica formulada *ex ante* por el legislador en términos generales. El *common law*, por su parte, es un sistema ‘abierto’ e inconcluso, donde la misión del juez es establecer normas particulares, que den solución al supuesto concreto que se le plantea. Como consecuencia del diverso recorrido histórico y filosofía jurídica subyacente, en el derecho continental prevalece la ley como fuente del derecho, mientras que, en el *common law*, prevalece la jurisprudencia.

Mas al contrastar ambos sistemas, se comprueba que la paradigmática distinción en cuanto al papel desempeñado por la jurisprudencia en el derecho continental y en el *common law* ya no es tan sustancial, sino que ha devenido en accesoria e insuficiente en sí misma para cimentar la divergencia entre ambas familias. No se trata de obviar las diferencias que existen en una y en otra con respecto de su sistema de fuentes, pues lo cierto es que el significado y la naturaleza que atribuyen a la jurisprudencia sigue siendo dispar. Se trata, más bien, de entender que tales diferencias no derivan en consecuencias significativas puesto que se hace buena la máxima comparativa según la cual las sociedades parecidas se enfrentan a los mismos conflictos, que resuelven de formas distintas, para llegar a soluciones similares.

Hoy día, la cuestión de si la fuente primaria es la ley o la jurisprudencia, arroja muy poca ayuda acerca de cómo abordar las diferencias entre una y otra familia puesto que la extendida dicotomía que visualizaba el *common law* como

parámetro legal. RAFFIOTTA recordaba, asimismo, que debido a la falta de actuación del parlamento, (por inestabilidad política, por ejemplo) los jueces acaban creando derecho pero no están formados ni tienen legitimación política para ello, y no puede considerarse justificado aun cuando vaya en beneficio de la justicia material.

creación de los jueces y el derecho continental como creación del legislador ha perdido mucha de relevancia de la que disfrutaba. En efecto, los tribunales ingleses han ido menguando su primacía como creadores de derecho frente al parlamento y a la administración, puesto que cada vez existe más derecho legislado; mientras que en el continente, el legislador promulga leyes generales que necesitan de la creatividad de los tribunales para poder aplicarse. No es descabellado, por tanto, reconocer que se está produciendo una convergencia entre las dos tradiciones en cuanto a que se camina hacia un mayor equilibrio entre legislación y jurisprudencia en el sistema de fuentes. A pesar de la importancia tradicionalmente concedida al hecho de que la jurisprudencia sea o no fuente del derecho, hoy día esto es una cuestión terminológica y conceptual, que no se traduce en una diferencia sustancial en la práctica jurídica.

La convergencia se manifiesta asimismo en que la jurisprudencia está adquiriendo estatus de fuente del derecho plena en ciertos sistemas jurídicos continentales. Ante este escenario, es preciso alertar del peligro que puede derivar del trasplante superficial de la noción angloamericana de jurisprudencia como fuente del derecho en los sistemas continentales. La mera inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho no significa que se asuma la noción anglosajona de jurisprudencia. Las diferencias entre ambas concepciones de jurisprudencia van mucho más allá, son de raíz, y un acercamiento superficial que no las tome en consideración puede causar graves disfunciones en el sistema de fuentes del derecho.

A nuestro modo de ver, el que la jurisprudencia se convierta en fuente del derecho en sentido formal es un debate palpable y necesario, al que deben contribuir todos los operadores jurídicos. Mas ha de abordarse desde el conocimiento íntegro de lo que implica y no limitarlo a una eventual reforma superficial de la enumeración de las fuentes del derecho. La clave se encuentra en procurar al juez continental los mecanismos que le guíen y le permitan tomar la decisión sin que parezca que la discreción es albedrío.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1964), «Contemporary Legal Systems of the Western World», *Contemporary Juridical Review*, n.º 88, pp. 105-171.
- COOPER, T. M. (1950), «The Common and the Civil Law. A Scot's View», *Harvard Law Review*, vol. 63, n.º 3.
- DE CRUZ, P. (1999), *Comparative Law in a Changing World*, Routledge, Abingdon.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (1992), «Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, pp. 19-39.
- HONDIUS, E. (2007), «Precedent and the Law» [en línea], *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11, n.º 3, pp. 1-18. [Última consulta: 30.03.2017]. Disponible en <http://www.ejcl.org/113/article113-3.pdf>
- KÖTZ, H. (1987), «Taking Civil Codes Less Seriously», *The Modern Law Review*, vol. 50, n.º 1, pp. 1-15.
- LEGRAND, P. (2009), *Comparer les droits, résolument*, Presses Universitaires de France, Paris.
- MAEKELT, T. B. (2002), «Derecho comparado ayer y hoy», en *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- MERRYMAN, J. H. (1999), *The Loneliness of the Comparative Lawyer: and other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, Deventer.
- PEGORARO, L. y RINELLA, A. (2000), *Le fonti nel diritto comparato*, Giappichelli, Torino.
- PRADA MODRÍGUEZ, M. y MUÑOZ ROJO, R. (2014), *El proceso civil inglés*, Comares, Granada.
- RADBRUCH, G. (2001), *El espíritu del derecho inglés*, Marcial Pons.
- REITZ, J. C. (1998), «How to do Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, vol. 46, pp. 617-636.
- SCHLESINGER, R. B. (1960), *Comparative Law: Cases, Text, Materials*, Stevens & Sons, London.
- SIEMS, M. (2007), «The End of Comparative Law», *Centre for Business Research, University of Cambridge* [Working paper n.º 340].
- (2014), *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- ZIMMERMANN, R. (2011), *Derecho Romano, Derecho Contemporáneo, Derecho Europeo: La Tradición del Derecho Civil en la Actualidad*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- ZWEIGERT, K. y KÖTZ, H. (1998), *Introduction to Comparative Law*, 3.ª Ed. Oxford University Press, Oxford.

PARTE 2

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

CUARENTA AÑOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA. MATERIALES PARA EL ESTUDIO DE LA HISTORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS POMED SÁNCHEZ*
Tribunal Constitucional

SUMARIO: 1. Avance de una estadística jurisdiccional agregada de carácter descriptivo. 1.1 La demanda de justicia constitucional. 1.1.1 Procesos de inconstitucionalidad y conflictos constitucionales. 1.1.2 Procesos de amparo. 1.2 Las resoluciones dictadas: sentencias y autos. 2. Los magistrados. 3. Los letrados al servicio del Tribunal. 4. Datos personales en la difusión de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional. Máximas jurisprudenciales y casuística constitucional. 5. Bibliografía.

Al momento de redactar estas líneas se cumplen cuarenta años de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre). En breve el Tribunal alcanzará sus cuarenta años de existencia desde que se constituyera, primero como Colegio de Magistrados el 25 de febrero de 1980 (a falta de que, previa su propia constitución, el Consejo General del Poder Judicial elevara la propuesta de sus dos miembros *ex art. 159.1 CE*) y ya Tribunal con plenitud de jurisdicción desde el 12 de julio siguiente. En estos cuarenta años se han sucedido doce renovaciones parciales

* Letrado del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho Administrativo.

del Tribunal que han supuesto tres renovaciones totales ¹; se han planteado más de doscientos cinco mil demandas de justicia constitucional, que han dado lugar a más de ocho mil sentencias, diecisiete mil autos y más de ciento ochenta y una mil providencias. Hasta el 31 de diciembre de 2018 habían prestado servicio al Tribunal Constitucional poco más de doscientos letrados, la mayoría de ellos en régimen de adscripción temporal.

En las páginas que siguen se ofrece una aproximación estadística a la historia de nuestra justicia constitucional desde un doble plano: funcional (qué ha hecho el Tribunal Constitucional) y personal (quiénes han impartido la justicia constitucional, o quiénes han colaborado estrechamente con los magistrados del Tribunal). Antes de exponer las cifras, conviene hacer dos puntualizaciones.

En primer lugar, debe advertirse que los datos que aquí se ofrecen, tanto los relativos a las funciones desempeñadas por el Tribunal Constitucional cuanto aquellos otros concernientes a los magistrados y letrados que han trabajado en la institución, tienen un marcado carácter provisional. Esta puntualización resulta especialmente pertinente en el caso de la estadística jurisdiccional agregada, porque es precisa una última revisión de las cifras que suministran las fuentes disponibles a fin de depurar cuantos errores se hayan podido padecer ². Pero también puede hacerse respecto de los datos sobre las personas que han ejercido la justicia constitucional en España o que han colaborado estrechamente con ellas; sería oportuno complementar las informaciones de que disponemos con otras relativas, por ejemplo, a su origen geográfico y la actividad que hayan desempeñado tras abandonar el Tribunal. En

¹ La aplicación de la Disposición Transitoria novena de la Constitución conllevó que los magistrados inicialmente designados a propuesta del Congreso de los Diputados extendieran legalmente sus funciones entre 1980 y 1992. En realidad, esta prolongación únicamente afectó a los magistrados Tomás y Valiente y Rubio Llorente, pues Aurelio Menéndez Menéndez renunció tempranamente (1980) y fue sustituido por Tuyol Serra, que también renunciaría antes de expirar su mandato (1990), dando paso al magistrado Gabaldón López; por su parte, Díez de Velasco renunció en 1986 y fue sustituido por el magistrado Leguina Villa.

La segunda renovación total se produjo en noviembre de 2001 y a ella hizo expresa referencia el presidente saliente, Cruz Villalón, en el discurso pronunciado con ocasión de la renovación del Tribunal, que el lector interesado puede hallar en la Memoria 2001 del Tribunal Constitucional (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Documents/Memoria%202001.pdf>, consultada el 14 de octubre de 2019).

En 2012, y con dos largos años de retraso respecto de los plazos constitucionalmente previstos, se materializó la tercera renovación total del Tribunal.

² El lector interesado hallará los datos de la estadística jurisdiccional en el portal de internet del Tribunal Constitucional (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>, página consultada el 15 de octubre de 2019). Ahora bien, deberá ser consciente de que esos datos ni abarcan todos los años de actividad del Tribunal ni tienen siquiera una presentación homogénea pues el proceso de uniformización de la información estadística arranca de la Memoria correspondiente al año 1999, con la que se inaugura la colección de memorias anuales en las que el Tribunal viene rindiendo cuentas de su actividad.

ambos casos se trataría de pasar de la pura estadística descriptiva a otra inferencial que permita obtener conclusiones con un grado relativamente reducido de incertidumbre, algo que por el momento no nos hallamos en condiciones de hacer.

No estará de señalar, en segundo lugar, que si bien es verdad que los datos estadísticos no son una alternativa al estudio analítico de la jurisprudencia constitucional, no lo es menos que suministran una fuente de información y conocimiento de la evolución de nuestra justicia constitucional. Las estadísticas jurisdiccionales ofrecen una imagen en movimiento de esa justicia, proporcionan una traducción matemática del desempeño de la función jurisdiccional por el intérprete supremo de la Constitución. De modo que su conocimiento puede estimarse requisito imprescindible para valorar cuanto ha hecho el Tribunal en sus cuatro décadas de existencia. Es preciso disponer de los datos objetivos de la actuación de las instituciones para poder valorar el modo como desempeñan sus funciones.

En el caso del Tribunal Constitucional la estadística nos servirá, entre otros propósitos y considerada desde una perspectiva relacional, para evaluar el grado de eficiencia reguladora de nuestro sistema normativo. La depuración de los datos estadísticos debe ayudarnos a contrastar hasta qué punto es cierta la hipótesis de la deferencia del Tribunal para con el legislador democrático (un punto de partida que es algo más que una intuición si reparamos en el hecho de que la revisión jurisdiccional de la legislación tiene como presupuesto indeclinable la presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos), discernir cuáles son los motivos que preferentemente determinan la anulación de la obra legislativa (acaso principalmente competenciales y no tanto de orden sustantivo), qué ramas o sectores del ordenamiento han conocido un escrutinio más intenso y riguroso por el Tribunal.

Estas modestas páginas se cierran con una exposición de los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional en relación con la difusión de su jurisprudencia en lo que afecta a la divulgación de la identidad de quienes han sido parte en el proceso judicial. Es necesario salir al paso de una forma de aproximarse a esta realidad que tiende a privatizar también la justicia, a privar a la ciudadanía de la posibilidad de valorar si jueces y magistrados actúan con abstracción de quiénes sean los justiciables. No es lo mismo condenar a Plinio que a Silvio, pero si se sustituye sistemáticamente los nombres reales por otros imaginarios o por las iniciales acabaremos predicando la fungibilidad de los ciudadanos e impediremos que los ciudadanos fiscalicen la probidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

1. AVANCE DE UNA ESTADÍSTICA JURISDICCIONAL AGREGADA DE CARÁCTER DESCRIPTIVO

Como ya se ha apuntado, se ofrece a continuación un avance de la estadística histórica de nuestro Tribunal Constitucional. Será preciso depurarla y extraer de ella toda su potencialidad, que no es poco; sirvan estos datos como modesto punto de partida.

1.1 La demanda de justicia constitucional

El 15 de julio de 1980 se abrió al público el registro general del Tribunal Constitucional³. Desde esa fecha y hasta el 31 de diciembre de 2018, el estado actual de depuración de los datos permite identificar el ingreso de 212.148 demandas de justicia constitucional: 207.256 demandas de amparo y 4892 escritos de iniciación de otros procesos constitucionales, que agruparemos bajo la denominación genérica de «procesos de inconstitucionalidad y conflictos constitucionales», sin perjuicio de incluir en esta categoría las impugnaciones de disposiciones autonómicas del título V LOTC y los procesos sobre algunas normas forales fiscales (disposición adicional quinta LOTC, añadida por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, y declarada conforme con la Constitución en la interpretación establecida en la STC 118/2016, de 23 de junio).

1.1.1 PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONFLICTOS CONSTITUCIONALES

Los 4892 escritos de iniciación de procesos constitucionales distintos del amparo se han distribuido históricamente del siguiente modo: 1224 interesaban la admisión de recursos de inconstitucionalidad, trece recursos previos de inconstitucionalidad⁴, 2672 cuestiones de inconstitucionalidad (veinte de ellas

³ En su redacción originaria, el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (ROPTC) concebía al registro general exclusivamente como la oficina de recepción de escritos dirigidos al Tribunal (art. 31.2), tanto jurisdiccionales como gubernativos (supuesto este último en el que se preveía su inmediata remisión a la Secretaría General, art. 32.3 ROPTC). En la versión actualmente vigente, el registro no lo es exclusivamente de entrada, sino que también está prevista su intervención en la tramitación de escritos emanados del Tribunal (dice el art. 30 ROPTC en su primer párrafo que «todos los escritos dirigidos al Tribunal Constitucional o que de él emanen se cursarán a través del Registro General»).

⁴ Se trata, obviamente, de recursos previos de inconstitucionalidad frente a proyectos de estatuto de autonomía y de leyes orgánicas haciendo uso de la posibilidad procesal abierta por el art. 79 de la Ley

cuestiones internas planteadas por el propio Tribunal), 894 conflictos positivos de competencia y solo diecinueve conflictos negativos, cinco conflictos entre órganos constitucionales, veintitrés impugnaciones de disposiciones autonómicas (título V LOTC), dos requerimientos previos sobre la constitucionalidad de tratados internacionales⁵, treinta conflictos en defensa de la autonomía local y once cuestiones prejudiciales sobre normas forales fiscales.

De los 1224 recursos de inconstitucionalidad, la mayoría fueron interpuestos por los consejos ejecutivos o asambleas legislativas de las comunidades autónomas frente a normas estatales con rango de ley (581, lo que representa un 47,5 por ciento del total); el presidente del Gobierno interpuso 381 recursos, todos ellos frente a leyes autonómicas (un 31,12 por ciento), las fracciones parlamentarias (cincuenta diputados o senadores) promovieron 79 recursos frente a normas con rango de ley autonómicas (6,45 por ciento) y 130 que tuvieron por objeto leyes del Estado (10,62 por ciento)⁶.

Lo que se ha venido en denominar «litigiosidad territorial» ha opuesto principalmente al Estado central y la comunidad autónoma de Cataluña (las distintas instancias de aquel, singularmente el presidente del Gobierno, recurrió 104 normas con rango de ley emanadas de las instituciones catalanas de autogobierno, en tanto que el Gobierno y el Parlamento de la Generalidad de Cataluña impugnaron 156 leyes estatales), le siguen el País Vasco (que impugnara sesenta y siete leyes del Estado al tiempo que le fueran impugnadas cuarenta) y Andalucía (su gobierno y parlamento presentaron sesenta y cuatro recursos de inconstitucionalidad y vieron cómo eran controvertidas veintinueve leyes regionales). La comunidad autónoma con menor litigiosidad en térmi-

Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) en su redacción originaria, puerta de acceso al Tribunal que clausuró la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio. Como es sabido, recientemente el legislador ha recuperado una vía de impugnación previa a la entrada en vigor de determinadas normas con valor de ley en la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, cuyo descriptivo título reza así: de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.

⁵ Suscitados ambos por el Gobierno de la Nación en relación con el Tratado de la Unión Europea, hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

⁶ Los datos disponibles no permiten una clasificación definitiva de diecinueve recursos de inconstitucionalidad, entre los que figuran escritos indebidamente tramitados como tales recursos al haber sido interpuestos por entidades carentes de legitimación activa para la promoción de este proceso constitucional. Es el caso, sin ir más lejos, de los dos escritos presentados en 2012 en los que sendas organizaciones decían promover recursos de inconstitucionalidad. Como se indica en la *Memoria 2012* del Tribunal Constitucional, p. 19, «estos escritos fueron tramitados con los números de registro 1-2012, el presentado por el partido político Los Verdes-Ecopacifistas con respecto a las Leyes Orgánicas 2/2001 y 3/2001, de 28 de enero, de modificación de la Ley Orgánica del régimen electoral general; y 2145-2012, presentado por la Confederación Empresarial de Comercio de Andalucía en relación con un precepto de la Ley del Parlamento de Andalucía 15/2011, de 23 de diciembre, de promoción del trabajo autónomo. En ambos casos la tramitación concluyó con el dictado de una providencia de inadmisión por carencia de legitimación activa».

nos absolutos ha sido La Rioja, cuyos órganos de autogobierno apenas interpusieron nueve recursos de inconstitucionalidad y solo cuatro de sus leyes fueron controvertidas a través de este proceso constitucional (en el caso de la Región de Murcia, únicamente aparece como parte actora en siete recursos de inconstitucionalidad y como demandada en otros ocho).

Cinco de los recursos previos de inconstitucionalidad tuvieron por objeto el proyecto de ley orgánica de armonización del proceso autonómico (resueltos por la STC 76/1983, de 5 de agosto), otros tres el proyecto de ley orgánica de libertad sindical de 1984 (STC 98/1985, de 29 de julio) y los cinco restantes el proyecto de ley orgánica de elecciones locales (STC 38/1983, de 16 de mayo); el proyecto de ley orgánica de incompatibilidades de diputados y senadores (STC 72/1984, de 14 de junio); el proyecto de ley orgánica de despenalización del aborto en determinados supuestos (STC 53/1985, de 11 de abril); el proyecto de ley orgánica del derecho a la educación (STC 77/1985, de 27 de junio) y, finalmente, el proyecto de ley orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional suprimiendo precisamente el recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de leyes orgánicas y estatutos de autonomía en la regulación que a este proceso daba el art. 79 LOTC (STC 66/1985, de 23 de mayo). Hasta la fecha no se interpuesto ningún recurso previo frente a proyectos de estatutos de autonomía o su reforma al amparo del procedimiento introducido por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, que dota nuevamente de contenido al art. 79 LOTC, en su día derogado por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio⁷.

De las 2672 cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, veinte fueron elevadas por distintas formaciones del propio Tribunal Constitucional, las salas del Tribunal Supremo plantearon cincuenta y cuatro y la Audiencia Nacional 188. No obstante, fueron los tribunales superiores de justicias los órganos judiciales que con mayor habitualidad hicieron uso de este mecanismo de depuración incidental del ordenamiento al plantear nada menos que 1244 cuestiones de inconstitucionalidad, una cifra que los erige en principales protagonistas del proceso de depuración constitucional de nuestro sistema de fuentes pues supera por sí sola el número total de recursos de inconstitucionalidad promovidos en estos casi cuarenta años. De entre las restantes cuestiones de

⁷ Se dio así la paradoja, nada sorprendente y de todo punto legítima, que el proyecto de ley orgánica de supresión del recurso previo de inconstitucionalidad fuera el último objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad. Con todo, es posible que el redactor del preámbulo de la Ley Orgánica 4/1985 viera confirmada sus sospechas, que expresó del siguiente modo en la parte expositiva de la ley: «La experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley».

inconstitucionalidad destaca la tramitada con el número 620-1984, planteada por el capitán general de la Quinta Región Militar, con base en Zaragoza, en un consejo de guerra por ultraje a la bandera nacional⁸.

La inmensa mayoría de conflictos positivos de competencia ha sido instada por los gobiernos autonómicos frente a actos o disposiciones de la administración estatal (589 conflictos), algo menos de la mitad los planteó el Gobierno de la Nación (200) y apenas ocho enfrentaron a dos Ejecutivos autonómicos⁹. Nuevamente, Cataluña ha sido la comunidad autónoma cuyo Gobierno promovió más conflictos positivos de competencia frente a disposiciones y resoluciones estatales (270) y también aquella que fue demandada en más ocasiones por el Gobierno de la Nación (69); le siguen el País Vasco (127 y 56, respectivamente), Galicia (53 y 22) y Andalucía (31 y 12). La Rioja y la Región de Murcia apenas han intervenido en este tipo de procesos constitucionales (en ambos casos promovieron dos conflictos de competencia frente al Gobierno de la Nación y no fueron demandadas en ninguno); Extremadura y el Principado de Asturias plantearon tres conflictos y únicamente fueron demandas por el Gobierno de la Nación en uno.

Tres de los diecinueve conflictos negativos fueron promovidos por el Gobierno de la Nación y los restantes por terceros interesados en los términos del art. 60 LOTC. Sorprendentemente, los tres conflictos planteados por el Gobierno del Estado lo fueron en el año 2014 y todos ellos fueron inadmitidos por auto (AATC 207/2014, de 22 de junio; 251/2014 y 252/2014, de 21 de octubre, que inadmitieron sendos conflictos negativos de competencia promovidos a la Junta de Andalucía, el Gobierno de Canarias y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con la ejecución del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local).

El Gobierno de la Nación planteó dos conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales frente al Congreso (resueltos en las SSTC 34/2018, de 12 de abril, y 44/2018, de 26 de abril) y uno frente al Senado (STC 234/2000, de 3

⁸ La cuestión suscitaba una duda sobre la constitucionalidad del régimen de recursos frente a sentencias dictadas en consejos de guerra recogido en la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, que únicamente permitía la formulación de recurso de casación frente a sentencias condenatorias superiores a tres años. La cuestión fue estimada por la STC 27/1985, de 26 de febrero, aplicando la doctrina de la STC 76/1982, de 14 de diciembre, que había sido dictada en una cuestión prejudicial sustancialmente idéntica.

⁹ Al momento de redactar estas líneas no se ha completado el proceso de depuración de los datos relativos a los conflictos positivos de competencia, de modo que las cifras ofrecidas son provisionales, aunque la tendencia a que sean los gobiernos autonómicos quienes acudan en mayor medida a este tipo de procesos constitucionales puede considerarse plenamente confirmada.

de octubre), el Congreso planteó uno frente al Gobierno en funciones (STC 124/2018, de 14 de noviembre); el conflicto restante lo formuló el Consejo General del Poder Judicial frente a Congreso y Senado con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (STC 45/1986, de 17 de abril).

Trece de las veintiuna impugnaciones de disposiciones autonómicas se formalizaron por el Gobierno frente a actuaciones de la comunidad autónoma de Cataluña (un 69,9 por ciento), las ocho restantes se dirigieron contra las comunidades autónomas de Canarias, Galicia y País Vasco (dos cada una de ellas) Castilla y León e Islas Baleares. Doce de estas impugnaciones se formalizaron frente a resoluciones del Parlamento y del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña aprobadas en el marco del denominado «proceso soberanista de Cataluña»¹⁰.

Veintidós conflictos en defensa de la autonomía local fueron planteados por municipios, cinco por diputaciones provinciales y tres por el Consejo Insular de Formentera, de largo la entidad local más activa en este tipo de procesos constitucionales. Ocho de los conflictos controvertían leyes estatales y los veintidós restantes, disposiciones autonómicas con rango de ley, entre las que destaca la conflictividad formalizada frente a leyes del Parlamento balear (seis conflictos) y las Cortes de Castilla y León (cinco conflictos)¹¹; se impugnaron dos leyes del Parlamento de Andalucía y otras tantas del Parlamento de Canarias; los demás conflictos en defensa de la autonomía local frente a leyes autonómicas versaron sobre leyes de Aragón, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, la Comunidad Valenciana y La Rioja.

1.1.2. PROCESOS DE AMPARO

Como ya se ha apuntado, los datos disponibles han permitido identificar 207.256 demandas de amparo presentadas en el registro general del Tribunal

¹⁰ La primera impugnación de esta serie fue la tramitada con el número 1389-2013, que se presentó el 8 de marzo de 2013 y cuyo objeto era la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. Esta impugnación se resolvió, en sentido estimatorio, en la STC 42/2014, de 25 de marzo.

¹¹ Se da la circunstancia de que ninguno de los seis conflictos planteados en relación con leyes balears se ha resuelto por sentencia, pues la mayoría fueron inadmitidos y dos de ellos, previamente acumulados, se declararon extinguidos por el ATC 178/2013, de 10 de septiembre. Por el contrario, solo uno de los cinco conflictos planteados en relación con normas legales de Castilla y León fue inadmitido por auto: el conflicto promovido por el Ayuntamiento de Tordesillas en relación con el Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe la muerte de las reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales en Castilla y León (ATC 206/2016, de 13 de diciembre), el llamado «Toro de la Vega».

Constitucional entre el 15 de julio de 1980 y el 31 de diciembre de 2018. Se aprecia un incremento sostenido sin alteración desde 1980 (cuando ingresaron 218 demandas de amparo) a 1990 (2910 nuevos recursos) y, tras una ligerísima reducción en 1991 (2707 demandas), un repunte y elevación constante del número de recursos de amparo que alcanzara su punto más alto en 2006 (11.471 nuevos recursos). Desde ese año y hasta la actualidad cabe diferenciar dos grandes períodos: el primero de ellos (años 2007 a 2009) arranca con notable un descenso del número de recursos de amparo promovidos (9840 en 2007), que da paso a su posterior recuperación, hasta alcanzar prácticamente las cifras récord de 2006 (10.279 en 2008 y 10.792 en 2009); el segundo (años 2009 a 2018) ofrece una reducción paulatina y constante de la demanda de amparo que pasa de 8947 demandas en 2010 a 6286 en 2017, con una nueva recuperación en 2018 (6918, lo que representa un incremento del 10 por ciento sobre la cifra de 2017).

Estas cifras permiten constatar dos hechos. En primer lugar, que la reducción más significativa del número de nuevos recursos de amparo se ha producido tras la objetivación de la fase de admisión llevada a efecto en la Ley Orgánica 6/2007, que reforma la LOTC para introducir el requisito inexcusable de la «especial trascendencia constitucional». En segundo lugar, que esa reducción coincide, de manera harto significativa, con los peores momentos de la gran recesión económica (que en el caso español se tradujo en crecimientos interanuales del PIB negativos en los años 2009 a 2013). De manera que el descenso de demandas de amparo presentadas en el Tribunal Constitucional parece responder más a causas socioeconómicas que al impacto que haya podido tener la reforma procedimental de 2007. No se trata de negar la incidencia de esta reforma, sino más de apuntar una explicación fuera de las páginas del diario oficial y de la práctica forense: en definitiva, se apunta aquí que la menor demanda de amparo no fue el fruto en exclusiva de la exigencia de justificación de la especial trascendencia constitucional de cada una de las demandas depositadas en el registro de Domenico Scarlatti sino que se debió en gran medida a la limitación de las disponibilidades económicas de los recurrentes.

La arquitectura legislativa originaria del proceso de amparo constitucional plasmada en la LOTC fue objeto de una primera reforma de indudable calado en la Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio. En aquella ocasión, el legislador orgánico trató de ayudar al Tribunal en el desempeño de su función constitucional aligerando la gestión procedimental del trámite de admisión de los recursos de amparo que, a partir de entonces se resolvió prioritariamente mediante providencias y no por auto, como había sucedido entre 1979

y 1988¹². La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007 tiene un mayor calado pues con ella se pretende, en palabras de la exposición de motivos de esta ley, afrontar «de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional», mediante la reordenación de «la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional». Dicho de otro modo, se ha buscado descargar al Tribunal del peso del amparo como mecanismo de protección individual y subsidiario de los derechos fundamentales, a fin de que pueda concentrar sus esfuerzos prioritariamente en el control de normas y la resolución de conflictos entre instancias territoriales dotadas de un haz competencial propio.

En cuanto al origen de las demandas de amparo, destaca el predominio de dos órdenes jurisdiccionales: el penal (64.957 recursos de amparo controvertían resoluciones dictadas por jueces y tribunales de lo penal) y el contencioso-administrativo (55.039 recursos de amparo). Han acudido al amparo preferentemente los ciudadanos a título particular (en 129.563 ocasiones) o las personas jurídicas de Derecho privado por ellos creadas (15.163). Escasa fortuna ha conocido la legitimación por sustitución del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo, pues estos órganos apenas han promovido algo más de una docena de recursos de amparo en defensa de los derechos fundamentales de particulares¹³.

Las garantías procesales del artículo 24 CE fueron invocadas en prácticamente el 70 por ciento de las demandas de amparo presentadas (67,09), el derecho a la igualdad en el 15,04 por ciento y los demás derechos fundamentales en el 16,97 por ciento. El peso relativo del art. 24 CE se incrementa si nos centramos en el porcentaje de invocación sobre recursos de amparo del año, pues asciende al 78,64 por ciento; el derecho a la igualdad sube ligeramente hasta el 17,03 por ciento y los demás derechos fundamentales escalan al 20,51 por ciento. De modo que los derechos procesales del art. 24 CE se han convertido en protagonistas principales del amparo constitucional; consecuentemen-

¹² La reforma produjo efectos inmediatos, de modo que, si en 1988 el Tribunal dictó 1337 autos, esta cifra descendió a menos de la mitad en 1989 (624) y quedó en apenas una cuarta parte en 1990 (439). Como tantas veces ha sucedido en la historia del Tribunal, la evolución puede tener una doble dirección, de modo que a la reducción inicial siguió un período largo de mantenimiento e incluso incremento del número de autos, al punto de que en 2007 se dictaron un total de 471 autos (ni que decir tiene que en todo tipo de procesos y tanto con carácter interlocutorio como definitivo).

¹³ Los datos disponibles únicamente identifican doce demandas de amparo promovidas por el Ministerio Fiscal y una por el Defensor del Pueblo (la demanda que diera lugar a la STC 132/1992, de 28 de septiembre). Es preciso depurar estos datos, evitando solapamientos con las cifras correspondientes a las demandas de amparo que hayan podido presentar los entes públicos, de modo que se hubieran computado como tales algunos recursos interpuestos por la Fiscalía.

te, el amparo se ha convertido en una maquinaria imponente para la reforma de los procesos judiciales en España, al tiempo que apenas le ha permitido desarrollar toda su potencialidad en la revisión y actualización de la legislación sustantiva. Repárese, sin ir más lejos, en las numerosísimas sentencias dictadas sobre garantías del proceso penal, que tanto han contribuido a su transformación y su contraste con los escasos pronunciamientos sobre preceptos legales de carácter penal. El Tribunal ha dicho mucho, y en general muy bueno, sobre el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, pero ha examinado en menor medida el fundamento normativo de ese ejercicio en su versión más intensa, es decir, la conformidad con las exigencias constitucionales de los preceptos legales tipificadores de ilícitos penales.

1.2 Las resoluciones dictadas: sentencias y autos

El calendario de efemérides continuará avanzando en los próximos meses, cuando se cumplan cuatro décadas desde la constitución efectiva del Tribunal – desde el 25 de febrero de 1980 como Colegio de Magistrados integrado por diez miembros, a falta de que el Consejo General del Poder Judicial, cuya constitución se hallaba por entonces igualmente pendiente, y a partir del 12 de julio siguiente ya como Tribunal con composición plena – y del dictado de su primera resolución jurisdiccional, el ATC 1/1980, de 11 de agosto, de la Sección de Vacaciones, integrada por los magistrados Arozamena Sierra, Latorre Segura y Rubio Llorente¹⁴.

La primera sentencia –la STC 1/1982, de 26 de enero– la dictó la Sala Segunda, que, con ponencia de su presidente, el magistrado Arozamena Sierra, reconoció el derecho del demandante de amparo a «obtener de la jurisdicción estatal un pronunciamiento respecto al cuidado y régimen de visitas de los hijos habidos en su matrimonio, de acuerdo con la legislación civil»¹⁵. El Tribu-

¹⁴ En este auto el Tribunal acordó la inadmisión de un recurso de amparo, tramitado con el número 22/1980, promovido por un miembro del extinto Cuerpo de Seguridad y Asalto que solicitaba la intervención del Tribunal Constitucional para que se le otorgase una pensión de jubilación en aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de amnistía. La concurrencia de diversos óbices procesales (ausencia de representación procesal, falta de agotamiento de la vía judicial y carencia de contenido constitucional de la demanda), así como la satisfacción extraprosesal de la pretensión determinaron la conclusión anticipada del proceso constitucional.

¹⁵ Esta sentencia se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 47, de 24 de febrero de 1981. En el primer suplemento del Tribunal Constitucional que incluía el diario oficial se insertaron los textos de las cinco primeras sentencias dictadas por el Tribunal. Dos datos interesan recordar de esta publicación: el primero de ellos tiene que ver con la forma de designar a las sentencias, a las que todavía no se les asignaba un número (práctica que se iniciará con la STC 1/1983, de 13 de enero), sino que se identificaban por

nal salía así al paso de la negligencia padecida por los órganos judiciales que habían conocido del proceso de ejecución de sentencia eclesiástica sobre disolución de matrimonio canónico. Una negligencia descrita con precisión en el fundamento jurídico de la sentencia:

«El Juez de Huesca, y luego la Sala de Zaragoza, han actuado como meros ejecutores de la Sentencia canónica, en la cuestión referente a los hijos. No han ejercido la potestad jurisdiccional que por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución Española y en el orden civil, tal como dice el art. 51 de la L. E. C., les corresponde, dando lugar con ello a la violación de un derecho constitucionalizado: el derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, que se califica por la nota de la efectividad, todo ello en el art. 24.1 de la Constitución Española. No se trata, como se ha aludido en algún momento del proceso, de que la jurisdicción eclesiástica haya invadido ámbitos jurisdiccionales estatales, pues en el área intraeclesial, y ordenado a fines espirituales, con fuerza en el fuero interno para los creyentes, lo que resuelven los Tribunales Canónicos no puede tacharse, en modo alguno, de improcedente. Es que debiendo el Juez decidir con plena jurisdicción, en el orden jurídico civil, según la legislación del Estado entendida en forma coherente con la Constitución, no lo ha hecho, por interpretar que estaba vinculado por lo dicho por el Tribunal Eclesiástico. Se observa, por ello, que hay que afirmar la potestad del Juez con plenitud jurisdiccional, para lo que es menester declarar la nulidad de las resoluciones judiciales que han dado lugar a este proceso y reconocer el derecho de las partes a la tutela jurisdiccional; de este modo vuelto el proceso civil al estado inmediato anterior al 4 de mayo de 1979, el Juez de Primera Instancia de Huesca resolverá el conflicto que respecto a la custodia, y régimen de comunicación y visitas de los hijos, enfrenta al que ha demandado el amparo y a la que como demandada se ha opuesto a la acción de amparo».

Desde aquel 15 de julio de 1980 en que se abriera el registro general a los ciudadanos y hasta el 31 de diciembre de 2018, nuestro Tribunal Constitucional ha dictado 8375 sentencias.

El Pleno del Tribunal ha dictado 1991 de esas sentencias: 798 en recursos de inconstitucionalidad, 523 en cuestiones de inconstitucionalidad, 385 en conflictos positivos de competencia, 237 en amparos previamente avocados, quince resolutorias de impugnaciones de disposiciones autonómicas, doce en conflictos en defensa de la autonomía local, diez en cuestiones internas de in-

el tipo de proceso constitucional en el que se dictaba y su número de tramitación (así, la sentencia a la que ahora nos referimos como STC 1/1982 se difundió bajo la rúbrica «Recurso de amparo n.º 65/80. Sentencia de 28 de enero de 1981», sin número de orden); el segundo alude a la fecha misma de publicación, sucesiva a la del frustrado golpe de Estado que amenazó la existencia misma del Estado constitucional; de haber triunfado la intentona cabe imaginar que nunca se hubiera llegado a publicar esa primera sentencia del Tribunal Constitucional en cumplimiento del art. 164 CE.

constitucionalidad, cinco en recursos previos de inconstitucionalidad frente a proyectos de leyes orgánicas y de estatutos de autonomía (proceso suprimido por la Ley Orgánica 4/1985), tres en conflictos negativos de competencia (todas ellas de inadmisión) y otras tres en cuestiones prejudiciales de validez de normas forales fiscales. A ello hay que añadir las dos declaraciones dictadas en respuesta a requerimientos previos sobre la constitucionalidad de tratados internacionales (1/1992, de 1 de julio, y 1/2004, de 13 de diciembre).

Las salas han dictado 6273 sentencias. 3097 de ellas las ha dictado la Sala Primera, 3081 en amparo, ochenta y cuatro en cuestiones de inconstitucionalidad, dos en cuestiones internas de inconstitucionalidad, que había planteado la propia Sala Primera y cuya resolución le defirió el Pleno (SSTC 149/2000, de 1 de junio, y 200/2001, de 4 de octubre), doce en conflictos positivos de competencia, tres en recursos de inconstitucionalidad y una en cuestión prejudicial de validez de normas forales fiscales. Por su parte, la Sala Segunda ha dictado 3206 sentencias, 3080 en amparo, 102 en cuestiones de inconstitucionalidad, una en cuestión interna de inconstitucionalidad, que también había planteado la propia Sala y cuyo conocimiento le fuera deferido por el Pleno (STC 73/2010, de 18 de octubre), veintiuna en conflictos positivos de competencia y dos en recursos de inconstitucionalidad.

Finalmente, las Secciones, haciendo uso de la posibilidad que les brindara la Ley Orgánica 6/2007, han dictado 111 sentencias: la Sección Primera ha dictado treinta, veintitrés la Sección Segunda, veinticuatro la Sección Tercera y la Sección Cuarta ha dictado treinta y cuatro. A este respecto conviene recordar cómo la Ley Orgánica 6/2007, seguramente en aras de la agilización de la tramitación de los distintos procesos constitucionales, reforzó el papel de las secciones¹⁶. En primer lugar, modificó el art. 6.1 LOTC para equiparar a las secciones con el pleno y las salas como composición ordinaria de actuación del Tribunal (tras la reforma, el precepto afirma que «el Tribunal Constitucional actúa en Pleno, en Sala *o en Sección*», énfasis añadido al inciso final introducido por el legislador orgánico en 2007). En segundo lugar, permitió que las salas defieran a las secciones la resolución de los recursos de amparo, una vez concluida su tramitación. La reforma ha tenido un éxito escaso, como demuestra el hecho de que desde febrero de 2012 no se haya dictado una sola senten-

¹⁶ Según la exposición de motivos de la ley, «la atribución de potestad resolutoria a las Secciones en relación con las demandas de amparo, incrementa sustancialmente la capacidad de trabajo del Tribunal», afirmación rotunda que mal se sostiene a poco que se repare en que la resolución les es deferida a las secciones por la sala correspondiente una vez concluido el procedimiento, de modo que en absoluto agiliza la tramitación del proceso (si acaso, la hace más gravosa en la medida en que el deferimiento debe ser notificado a las partes).

cia de sección¹⁷, quizás porque el diseño procedimental apenas contribuye a agilizar el trabajo del Tribunal, no descarga a las salas y se corre el riesgo tanto de perder coherencia en la jurisprudencia como de aminorar indebidamente la pluralidad de las salas. Sea como fuere, la atribución de esta competencia, bien que por delegación de las salas, pone claramente de manifiesto que la reforma de 2007 no «objetivó» el recurso de amparo sino exclusivamente su fase de admisión: el amparo sigue siendo, porque así lo ha querido la Constitución, un recurso reparador de las lesiones que eventualmente puedan padecer los ciudadanos en sus derechos fundamentales (como bien dijera la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, «el recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales», de modo que la lesión es presupuesto inexcusable –bien que no suficiente, como sucediera en el régimen anterior a la Ley Orgánica 6/2007– de la admisión y tramitación del amparo. El Tribunal solo puede entrar a conocer de la pretensión reparadora cuando efectivamente haya un agravio que reparar pues el ejercicio de la potestad jurisdiccional nunca faculta a su titular para efectuar pronunciamientos puramente doctrinales y sin efectos prácticos inmediatos; la jurisdicción sirve para la transformación de la realidad en el sentido exigido por el ordenamiento y no para el solaz intelectual de quien la ejerce.

Conviene recordar, igualmente, cuán tempranamente comenzaron los miembros del Tribunal a hacer uso de una herramienta clave para la efectiva afirmación de una justicia dialógica en el contexto de una democracia deliberativa: el voto particular¹⁸. Concretamente, el magistrado Francisco Rubio Llorente formuló el primer voto particular discrepante a la STC 4/1981, de 2 de febrero, manifestando su disenso respecto de la denominada «inconstitucionalidad sobrevenida», al tratarse de una figura que mezcla nocio-

¹⁷ La última sentencia de sección la dictó la Sección Cuarta y fue la STC 14/2012, de 6 de febrero. Ahora bien, si debiéramos buscar el momento en que las secciones dejaron de dictar sentencias sería preciso retrotraerse hasta julio de 2011, pues fue entonces cuando efectivamente se dictaron las últimas sentencias de las secciones Primera (STC 113/2011, de 4 de julio), Segunda (STC 122/2011, de 12 de julio) y Tercera (STC 129/2011, de 18 de julio). Incluso en el caso de la Sección Cuarta, la STC 14/2012 es una hijuela de la serie iniciada por la STC 20/2011, de 14 de marzo (concejales disidentes del Partido Popular en el ayuntamiento de Majadahonda), y la anterior fue la STC 131/2011, de 18 de julio. Dicho de otro modo, cuando se agotó la serie que arranca con la ya mencionada STC 20/2011, se abandonó la práctica de deferir a las secciones la resolución definitiva de los recursos de amparo.

¹⁸ Sobre el voto particular, resulta obligada la cita del trabajo de CASCAJO CASTRO (1986, 171-185), con referencias al antecedente del Tribunal de Garantías Constitucionales. Acerca de la potencialidad que encierran los votos particulares en el marco de la deliberación, v. KORNHAUSER, SAGER (1993). Estos autores descienden incluso al análisis lingüístico de los propios votos particulares, al extremo de indicar que expresiones como «sentencia de la mayoría» incurren en un defecto de deferencia para con el órgano del que en todo caso forman parte los discrepantes: la sentencia lo es del órgano jurisdiccional y no de una parte de su composición, por más que la regla de la mayoría pueda servir para la formación de la voluntad de ese mismo órgano, voluntad que una vez formada se incorpora al actuar del órgano como doctrina.

nes propias de la validez y eficacia de las normas jurídicas. Desde aquel momento, 597 de las sentencias del Pleno y 439 de las salas (238 de la Sala Primera y 201 de la Sala Segunda) han contado con votos particulares, concurrentes o discrepantes¹⁹.

El Tribunal ha dictado 12.574 autos; de ellos, 1638 el Pleno y 10.936 las salas (5206 la Sala Primera y 5730 la Sala Segunda). 238 de estos autos cuentan con un voto particular, discrepante o concurrente. Igualmente ha dictado 181.923 providencias, de las cuales destacan las 175.568 definitivas (inadmisión o terminación del correspondiente proceso constitucional), siendo las restantes de carácter estrictamente interlocutorio.

2. LOS MAGISTRADOS

En estas casi cuatro décadas, han sido 63 los magistrados que han servido en nuestro Tribunal Constitucional. El primer dato que atrae nuestra atención es el relativo a la escasa presencia femenina en el Tribunal.

Apenas seis de esos sesenta y tres magistrados han sido mujeres: Gloria Begué Cantón, María Emilia Casas Baamonde, Elisa Pérez Vera, Adela Asúa Batarrita, Encarnación Roca Trías y María Luisa Balaguer Callejón. Es preciso recordar, además, cómo desde el cese de Gloria Begué Cantón (22 de febrero de 1989) y la toma de posesión de María Emilia Casas Baamonde (17 de diciembre de 1998), transcurrieron nada menos que nueve años y nueve meses sin ninguna magistrada en el Tribunal. Ninguna magistrada ha sido nombrada a propuesta del Gobierno ni del Consejo General del Poder Judicial, cuatro han sido propuestas por el Senado (Gloria Begué, María Emilia Casas, Adela Asúa y María Luisa Balaguer) y dos por el Congreso (Elisa Pérez Vera y Encarnación Roca). La sucesión en las designaciones mantenida desde 1998, fecha de nombramiento de María Emilia Casas, transmiten la sensación de que se trata de una mera sustitución y no de la atención a una realidad social y profesional, como es la de la creciente presencia femenina en las carreras de las que proceden los magistrados del Tribunal.

En cuanto a su origen profesional, esos 63 magistrados se dividen del siguiente modo: 35 catedráticos de universidad (el 55,55 por ciento), 25 miem-

¹⁹ El magistrado que en más ocasiones ha expresado su opinión separada, bien que en ocasiones adhiriéndose al voto formulado por otro miembro del Tribunal, ha sido Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, con 166 votos particulares a sentencias. Muy lejos quedan los 53 votos particulares que formulara el vicepresidente Francisco Rubio Llorente.

bros de la judicatura (el 39,68 por ciento)²⁰, dos abogados²¹ y un miembro de la carrera fiscal. En el primer tribunal, diez de sus miembros procedían del mundo universitario: los cuatro propuestos por el Congreso de los Diputados (Manuel Díez de Velasco Vallejo, Aurelio Menéndez Menéndez –pronto sustituido por Antonio Truyol Serra–, Francisco Rubio Llorente, Francisco Tomás y Valiente) y los cuatro propuestos por el Senado (Gloria Begué Cantón, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Manuel García Pelayo y Ángel Latorre Segura) y uno de los dos propuestos por el Gobierno (Rafael Gómez Ferrer); procedían de la carrera judicial el otro magistrado designado a propuesta del Gobierno (Jerónimo Arozamena Sierra) y los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial (Ángel Escudero del Corral y Plácido Fernández Viagas, tempranamente fallecido y que fuera sustituido por Francisco Pera Verdaguer, también de extracción judicial).

Si dividimos en dos mitades los casi cuarenta años de existencia del Tribunal Constitucional y fijamos el meridiano en el año 2000, observamos cómo hasta esa fecha veinticuatro de los treinta y nueve magistrados provenían de la universidad (lo que representa un elevadísimo 61,54 por ciento), catorce procedían de la carrera judicial (el 35,90 por ciento). Sin embargo, desde el año 2000 el centro de gravedad se desplaza, de modo que la mayoría de los veinticuatro magistrados que se han sucedido en el ejercicio de la jurisdicción constitucional proceden de la carrera judicial (trece, un 54,17 por ciento), habiendo desplazado el predominio universitario originario (en estos diecinueve años, once han sido los catedráticos que han servido como magistrados constitucionales, el 45,83 por ciento). El resultado ha sido el punto de equilibrio global apuntado en el párrafo anterior: 55 por ciento de profesores y 40 por ciento de jueces. Como también es el cambio en un tribunal que ha dejado de ser un tribunal de profesores, para bien (se ha ganado en capacidad decisoria) y para mal (se ha resentido la voluntad deliberativa).

Como bien sabemos, el proceso de designación de los magistrados constitucionales ha estado plagado de problemas y conflictos (Estrada Marún, 2017). Las sucesivas renovaciones parciales se han saldado en múltiples ocasiones con

²⁰ La inmensa mayoría de los magistrados procedentes de la carrera judicial pertenecían a la categoría de magistrados del Tribunal Supremo (art. 299.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), con las solas excepciones de Plácido Fernández Viagas, magistrado de la Audiencia Territorial de Sevilla, y Enrique López López, magistrado de la Audiencia Nacional. Se ha computado como procedente de la judicatura a Encarnación Roca Trías pues, si bien es catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona, su designación se produce cuando ocupaba plaza de magistrada en la Sala Primera del Tribunal Supremo.

²¹ En el caso del asturiano Fernando García-Mon González-Regueral, magistrado del Tribunal entre 1985 y 1998, es preciso señalar que además de su ejercicio profesional como abogado entre 1954 y 1980, ostentaba la condición funcional del miembro del cuerpo de secretarios de Magistratura de trabajo.

bloqueos conscientemente buscados por quienes, debiendo proponer a los candidatos, han preferido incumplir groseramente sus obligaciones constitucionales si con ello creían obtener una ventaja competitiva en el corto plazo. Recuérdense, sin ir más lejos, el poco edificante espectáculo ofrecido por las cámaras parlamentarias en las novena y décima renovaciones parciales: aquella debiera haberse producido en 2007 y solo tuvo lugar en 2011, con un retraso injustificable e injustificado de cuatro años, la décima renovación parcial se demoró por espacio de dos años, los que mediaron entre 2010 y 2012. El estrambote de estos episodios vino de la mano de las propias cámaras parlamentarias en forma de una ley manifiestamente inconstitucional pues ignora las garantías constitucionales de independencia de los magistrados del Tribunal: la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Tras este abigarrado título se oculta la introducción de un nuevo apartado –el quinto– en el art. 16 LOTC, que hace recaer sobre los magistrados designados las dilaciones en que hayan podido incurrir los órganos constitucionalmente llamados a proponerlos. De acuerdo con este injustamente olvidado art. 16.5 LOTC, «las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación».

Las renovaciones parciales del Tribunal han hecho un flaco favor a la institución pues a la búsqueda inicial del consenso ha sucedido la defensa numantina de las cuotas partidistas y la oposición a cualquiera facultad de veto que puedan ejercer la fuerza o fuerzas políticas con las que sea preciso pactar para alcanzar las mayorías reforzadas exigidas por la Constitución para proponer la designación de nuevos magistrados. Una y otra tendencia, con las que no se busca sino la defensa de una esfera de decisión propia y exclusiva, han confluído en la solución dada a la evidente antinomia constitucional que recoge el art. 159.3 CE: «los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres».

Como es sabido, la insalvable contradicción práctica se ha salvado dando primacía a la renovación en bloque por tercios y cada tres años, en lugar de respetar el plazo de nueve, manifestación constitucional de independencia de los magistrados constitucionales en el desempeño de sus cargos. Indudablemente, las renovaciones en bloque propician las cuotas –la mal llamada *lottiz-*

*zazione*²²–, en tanto que el respeto al plazo para el que fueron nombrados los magistrados obliga a la búsqueda del consenso en designaciones que andando el tiempo –y mediados los lógicos desfases temporales de las renovaciones parciales–, devendrán uninominales. Bien es cierto que nuestra experiencia en designaciones de un solo candidato se mueve entre el respeto al grupo parlamentario del que partiera la propuesta (sustitución de Fernando Garrido Falla por Jorge Rodríguez-Zapata Pérez en 2003) y el afán de arrebatarse esa facultad de propuesta para tratar de alcanzar mayorías de uno u otro signo en el seno del Tribunal (la vacante causada por el fallecimiento de Roberto García-Calvo y Montiel en mayo de 2008 quedó sin cubrir porque el Partido Popular reivindicó la plaza como propia, en tanto que el Partido Socialista Obrero Español adujo que el cambio de mayorías parlamentarias debía tener su impacto en la sustitución).

También parece oportuno releer los dos primeros apartados del art. 159 CE como lo que realmente son: dos previsiones constitucionales complementarias pero distintas. El apartado primero contiene una regla de competencia y su forma de ejercicio en el caso de las cámaras parlamentarias, exigiendo una mayoría cualificada de tres quintos de Congreso y Senado. El art. 159.2 CE hace referencia a los requisitos profesionales que deberán reunir los candidatos, requisitos que se concretan en la exigencia de que todos ellos sean «juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional».

Sería bueno separar ambos elementos y no confundirlos en el procedimiento de designación de magistrados, de modo que la constatación de que los candidatos reúnen las condiciones exigidas por el art. 159.2 CE sea previa y ajena a la formación de la voluntad de los órganos identificados en el art. 159.1 CE. Inspirándonos en la experiencia de otros tribunales – nacionales y supranacionales – que desempeñan una función sustancialmente equivalente a la de nuestro Tribunal Constitucional, debiera buscarse una mayor objetivación de la primera fase, de modo que la constatación de que los candidatos

²² Paolo MANCINI (2009), en un ensayo provocador, apunta una explicación del fenómeno en clave de apertura del acceso al ejercicio efectivo del poder en un contexto caracterizado por un partido hegemónico pero internamente fragmentado (la Democracia Cristiana).

Conviene destacar, desde otra perspectiva, que los estudios existentes no permiten concluir que el sesgo ideológico de los miembros del Tribunal Constitucional sea determinante del sentido de sus resoluciones; cuando menos, no es la única variable a considerar, menos si cabe la variable decisiva. Predominan otras consideraciones, como la lealtad con la institución o la necesidad de mantener la coherencia de un cuerpo de doctrina, por encima y aun en contra de las preferencias personales. Los magistrados se consideran parte de una institución prestigiosa y hacen cuanto está en su mano por contribuir a salvaguardar y acrecentar ese prestigio. Al respecto, vid. GAROUPA, GÓMEZ POMAR, GREMBI (2013); HANRETTY (2012); y muy especialmente LÓPEZ LABORDA, RODRIGO, SANZ ARCEGA (2018 y 2019, artículo en prensa, cita anticipada por gentileza de los autores).

reúnen los requisitos del art. 159.2 CE podría atribuirse a una instancia ajena a los órganos a los que corresponde en exclusiva la facultad de propuesta de nuevos magistrados. Esa instancia podría ser la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que así prestaría un valioso servicio a la España constitucional y que goza del prestigio y renombre que le dan sus ilustres miembros, todos ellos juristas de indiscutible competencia y prestigio y que por lo tanto se hallan en perfectas condiciones de valorar la efectiva concurrencia de ese requisito. Por aplicar la regla de competencia de las comisiones de selección de personal, solo quien ha debido acreditar la concurrencia del requisito está en condiciones de valorar esa efectiva concurrencia.

Esta propuesta no priva en modo alguno a las cámaras parlamentarias, al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial de su exclusiva facultad de proponer a los candidatos al Tribunal Constitucional. Deben ser estos órganos quienes tengan la última y única palabra sobre la designación, pero conviene aliviarles de la pesada carga de formular un juicio de capacidad técnica, para el que no son las instancias competentes.

3. LOS LETRADOS AL SERVICIO DEL TRIBUNAL

El 31 de marzo de 1980 tomó posesión el primer letrado al servicio del Tribunal Constitucional: el magistrado especialista de lo contencioso-administrativo Ángel Rodríguez García, quien andando el tiempo habría de presidir la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo²³. A lo largo de ese año tuvieron lugar nuevas incorporaciones, hasta sumar un total de nueve letrados. Al reseñado Ángel Rodríguez, fugaz secretario general del Tribunal, se unieron los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos, Rafael Fernández Montalvo y Ramón Trillo Torres, así como los universitarios Pedro Bravo Gala, Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, Ignacio de Otto y Pardo y Javier Salas Hernández, amén del administrador civil del Estado Jaime Nicolás Muñoz, siempre a caballo entre la acción administrativa y la reflexión académica.

Junto con la innegable valía intelectual, ese primer grupo de letrados marcó una de las pautas que se ha mantenido incólume a lo largo de la historia del Tribunal: el equilibrio entre los letrados procedentes de la judicatura y aquellos provenientes del mundo universitario, con el complemento cualitati-

²³ El magistrado Ángel Rodríguez García sería el primer designado para la delicada tarea de conocer de la autorización de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia por Real Decreto 523/2002, de 11 de junio.

vo de excelentes altos funcionarios de los poderes públicos españoles. También resulta ilustrativa esa nómina de los primeros letrados de una carencia absolutamente normal en la España del momento, pues no formaba parte del elenco ni una sola mujer.

Entre el 31 de marzo de 1980 y el 31 de diciembre de 2018 han prestado sus servicios al Tribunal un total de 208 letrados: 156 hombres (75 por ciento) y 52 mujeres (el 25 por ciento restante)²⁴. Si el 31 de diciembre de 1980 eran nueve los letrados, el 31 de diciembre de 2018 su número había ascendido hasta los 57²⁵.

La primera mujer en incorporarse como letrada fue la catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla, María Fernanda Fernández López, quien tomó posesión del puesto el 1 de diciembre de 1985. Curiosamente, cuando abandonó el Tribunal, un año más tarde, ni siquiera su vacante se suplió con otra mujer, siendo preciso aguardar hasta el 20 de julio de 1988, cuando la magistrada de lo contencioso-administrativo, Amparo Guilló Sánchez-Galiano, se incorporó al Tribunal en calidad de letrada. En 1990 la presencia de mujeres entre los letrados comienza, por fin, a superar el plano de lo anecdótico y lo excepcional, pues pasan de una a cuatro sobre un total de veintiocho letrados, lo que representa un magro 14,29 por ciento.

A decir verdad, la presencia femenina entre los letrados solo se ha aproximado a la paridad durante el cuatrienio 2011 a 2014, años de incremento constante del número de letradas. En 2011 fueron 21 de 59, es decir, un 35,6 por ciento; al año siguiente se alcanzó la cifra de 24 sobre 63, un 38,09 por ciento; en 2013 había 25 letradas sobre 63, un 39,64 por ciento y en 2014 el porcentaje subió a su punto más alto, el 40,32 por ciento, no porque se designara ninguna nueva letrada (continuaron siendo 25), sino porque se produjo una vacante no cubierta (de modo que el total bajó de 63 a 62). Desde ese momento se aprecia una reducción constante del número de letradas, hasta el punto de que el 31 de diciembre de 2018 apenas representaban el 33,30 por ciento (19 de 57).

Las cifras ponen de relieve las dificultades con las que se han topado las mujeres para acceder al servicio del Tribunal Constitucional en calidad de le-

²⁴ Sobre los letrados de nuestro Tribunal Constitucional, vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (2015). La literatura respecto de estos profesionales no es especialmente abundante entre nosotros, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes. Véase, si no, el magnífico ejemplo del estudio de sugestivo título firmado por BONICA, CHILTON, GOLDIN, ROZEMA, SEN (2019).

²⁵ Solo en 2005 el número de letrados alcanzó el medio centenar, umbral en el que se ha mantenido (de hecho, 2010 fue el único año con un número inferior, pero su carácter anecdótico es evidente pues entonces hubo 49 letrados), con un máximo de 66 letrados en 2015.

tradas. Solo desde 1990 (una década después de la puesta en marcha del Tribunal) su presencia puede considerarse habitual y únicamente en los años 2013 y 2014 en un número suficientemente equilibrado, sin alcanzar nunca la paridad. Inopinadamente, desde 2014 ese número ha ido descendiendo, como ya se ha indicado.

Si se considera el origen profesional de los letrados destaca el predominio de los letrados provenientes de los cuerpos docentes universitarios, nada menos que 127 de 208, lo que representa el 61,07 por ciento del total. El otro gran grupo lo constituyen los jueces y magistrados que prestan temporalmente sus servicios como letrados: 49, el 23,56 por ciento. Otros nueve proceden de la carrera fiscal (el 4,33 por ciento), cinco eran letrados parlamentarios (Cortes Generales, Junta General del Principado de Asturias, Parlamento de Navarra y Parlamento de Cantabria), cinco integrantes del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado, dos letrados del Tribunal de Cuentas y otros dos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dos letrados municipales (ayuntamientos de Barcelona y Madrid), dos letrados de la Junta de Andalucía, una letrada del Tribunal Supremo, una abogada del Estado y un inspector de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

En estos cuarenta años únicamente catorce letrados se han incorporado al Tribunal mediante el concurso-oposición previsto en el art. 97 LOTC y difundido tras la Ley Orgánica 6/2007, al punto de que no hay visos de convocatoria de nuevos procesos selectivos para la incorporación de letrados con plaza en propiedad, que en eso cabalmente consiste la garantía de independencia de los servidores públicos²⁶.

²⁶ En la redacción originaria de la LOTC y a fin de que el Tribunal pudiera comenzar a funcionar a la mayor brevedad, la disposición adicional primera LOTC preveía que dispusiera «inicialmente de dieciséis letrados y tres secretarios de justicia». Sin embargo, la Ley Orgánica 6/2007 elevó ese número a límite infranqueable de los letrados incorporados por concurso-oposición y con plaza en propiedad, bien que sin precisar si esos dieciséis debían hallarse en servicio activo o ser la totalidad de miembros del cuerpo funcionarial. Además, se alteró el régimen de los letrados en un punto capital: desde la arquitectura inicial de la LOTC, la incorporación con carácter definitivo solo podía hacerse mediante concurso-oposición para el que no se requería la previa condición funcionarial, condición que sí debían ostentar los letrados de adscripción temporal. De este modo, unos y otros habrían acreditado el mérito y la capacidad en procesos públicos de selección. Sin embargo, tras la Ley Orgánica 6/2007 la exigencia de pertenecer a un cuerpo funcionarial solo se establece para quienes aspiren a incorporarse como letrados del cuerpo y con plaza en propiedad, pero no para quienes sean letrados de adscripción temporal. De modo que la forma de incorporación de los primeros se asemeja a la de los magistrados especialistas, con doble oposición, en tanto que la selección de los segundos prescinde de un requisito que parecía razonable, cual era la previa acreditación del mérito y la capacidad en un proceso por entero ajeno al propio Tribunal. El resultado es que el cuerpo de letrados, entendiéndose por tal el que agrupa a quienes se han incorporado por concurso-oposición y gozan de mayores garantías de estabilidad en su función, bien puede calificarse a efectos prácticos de auténtico cuerpo «a extinguir».

El primer proceso selectivo de letrados se convocó por resolución de la presidencia del Tribunal de 25 de marzo de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 6 de abril posterior) y se resolvió por nueva resolución de 29 de marzo de 1982. En esta se designó letrados a Juan Antonio Xiol Ríos, Javier Salas Hernández, Luis Sánchez Serrano y Juan José González Rivas, quedando desiertas dos de las seis plazas inicialmente convocadas. El 7 de octubre de 1982 se convocó nuevo concurso-oposición para la provisión de cuatro plazas, haciéndose público en resolución del tribunal calificador de 17 de septiembre de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 11 de octubre), «que en el referido concurso-oposición no ha resultado aprobado ningún opositor, por no haber alcanzado en el primer ejercicio de la oposición al menos la mitad de la puntuación total posible asignada», por lo que quedaron vacantes esas cuatro plazas.

Los resultados alcanzados en estos procesos selectivos, que se saldaron con dos y cuatro plazas vacantes, no animaron precisamente a nuevas convocatorias; al menos no inmediatamente. De modo que fue preciso esperar hasta el 9 de junio de 1987, cuando mediante nueva resolución se inició un proceso de selección de cuatro nuevos letrados que concluyó con el nombramiento, por resolución de 5 de julio de 1988 («Boletín Oficial del Estado» de 8 de julio), de Javier Jiménez Campo, Javier García Roca y Joaquín García Morillo. La cuarta plaza volvió a quedar desierta.

El 10 de junio de 1991 se convocó un nuevo proceso selectivo para dos plazas, cubiertas finalmente por Ignacio Díez-Picazo Giménez y Miguel Ángel Montañés Pardo (resolución de 3 de febrero de 1992, BOE de 6 de febrero). Años más tarde, el 24 de septiembre de 1997 se convocaron otras dos plazas, que luego del concurso-oposición se adjudicaron a Ignacio Borrajo Iniesta y Juan Luis Requejo Pagés (resolución de 19 de febrero de 1998, BOE de 24 de febrero). El último proceso selectivo para la cobertura de tres plazas de letrado se convocó por resolución de la presidencia del Tribunal de 2 de abril de 2001, resultando adjudicatarios de las plazas Luis Pomed Sánchez, Ignacio Torres Muro y Juan Ignacio Moreno Fernández (resolución de 15 de enero de 2002, BOE de 31 de enero).

De modo que en cuarenta años apenas se han seleccionado catorce letrados mediante concurso-oposición. Por su origen el predominio es incontestable, pues once proceden de los cuerpos docentes universitarios, dos eran magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo al momento de ganar la plaza en el Tribunal (del que ahora mismo son miembros) y uno, el malogrado Miguel Ángel Montañés, era miembro de la carrera fiscal. Ni una sola mujer figura entre los catorce.

4. DATOS PERSONALES EN LA DIFUSIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. MÁXIMAS JURISPRUDENCIALES Y CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL

El artículo 164.1 de nuestra Constitución ordena la publicación de las sentencias en el «Boletín Oficial del Estado», con sus votos particulares «si los hubiere». En desarrollo de este mandato, el art. 86 LOTC contiene una regla procedimental y una habilitación al propio Tribunal. La primera se recoge en el art. 86.2 en los siguientes términos: «Las sentencias y las declaraciones a que se refiere el título VI se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. También podrá el Tribunal ordenar la publicación de sus autos en la misma forma cuando así lo estime conveniente». La segunda figura en el art. 86.3: «Sin perjuicio en lo dispuesto en el apartado anterior, el Tribunal podrá disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios, y adoptará, en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución».

Estas disposiciones certifican lo que bien puede calificarse como doble acierto del legislador orgánico: al establecer un plazo preclusivo para la inserción de las sentencias en el diario oficial y al diferenciar la publicación oficial de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional de su difusión. Lo primero previene que se juegue frívolamente con la publicación de las sentencias, es decir, con la producción de sus efectos jurídicos *erga omnes*. Lo segundo, facilita la más amplia divulgación tanto de la jurisprudencia (conjunto de resoluciones jurisdiccionales) como de la doctrina constitucional y su disponibilidad para los ciudadanos.

Uno de los aspectos que han venido preocupando desde temprana fecha al Tribunal Constitucional ha sido el de la integridad tanto de la publicación oficial como de la difusión de sus resoluciones. De modo que la sistematización de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional respecto de la inclusión de datos personales en sus resoluciones debe partir, como premisa insoslayable de la existencia de una «exigencia constitucional específica de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales» del Tribunal Constitucional (STC 114/2006, de 5 de abril, FF JJ 6 y 7).

En palabras del propio Tribunal, esta exigencia se refiere a «la resolución íntegra» y comprende «por lo común, la completa identificación de quienes hayan sido parte en el proceso constitucional respectivo, en tanto que permite asegurar intereses de indudable relevancia constitucional, como son, ante todo,

la constancia del imparcial ejercicio de la jurisdicción constitucional y el derecho de todos a ser informados de las circunstancias, también las personales, de los casos que por su trascendencia acceden, precisamente, a esta jurisdicción; y ello sin olvidar que, en no pocos supuestos, el conocimiento de tales circunstancias será necesario para la correcta intelección de la aplicación, en el caso, de la propia doctrina constitucional.» (STC 114/2006, FJ 6).

No obstante, la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad de las resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional – Sentencias y Autos – no tiene «carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos» (FJ 7). La excepción será el resultado de una ponderación entre esa exigencia constitucional y «otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto» (*ibid.*). A este respecto, el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en que «cualquier derecho fundamental es susceptible de ser ponderado respecto de la posibilidad de hacer excepciones a dicho principio, incluyendo, desde luego, el derecho fundamental previsto en el art. 18.4 CE en los términos y con la amplitud y autonomía que le ha sido reconocido por este Tribunal en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en sus fundamentos jurídicos 5 y 6» (*ibid.*).

La realización de dicha ponderación corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional al tratarse de una *cuestión jurisdiccional*, según se ha afirmado expresamente en la STC 114/2006. Así, en su fundamento jurídico quinto se precisa que las decisiones que deban adoptarse acerca del «alcance de la publicidad de una resolución de este Tribunal» es «una cuestión jurisdiccional de exclusiva competencia de este Tribunal», y en el fundamento jurídico séptimo se reitera en que «este Tribunal puede excepcionar mediante una decisión jurisdiccional, adoptada de oficio o a instancia de parte, la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de sus resoluciones jurisdiccionales que incorporan doctrina constitucional».

Ahora bien, si la realización de dicha ponderación es una cuestión jurisdiccional, no se acaba de entender muy bien la existencia del Acuerdo del Pleno del Tribunal de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015. De una parte, con la aprobación de este acuerdo se ha convertido en gubernativa una decisión declarada jurisdiccional en sentencia. De otra, y aun siendo cierto que del contenido del acuerdo no se infiere un cambio de naturaleza en la precisión casuística de la concurrencia de las circunstancias que permiten matizar la publicidad íntegra de las sentencias, no es en absoluto

pacífico que la limitada potestad normativa del Tribunal Constitucional alcance a una cuestión como la que os atañe.

Retomando el hilo de la exposición de los criterios seguidos por el Tribunal Constitucional en cuanto a la difusión de identidades de los ciudadanos – tan alejados de un sedicente «derecho al olvido» y tan próximos a las exigencias de una justicia de calidad en el marco de una democracia deliberativa –, hay que subrayar que el razonamiento seguido en la STC 114/2006 se refiere en exclusiva a la identificación completa de quienes hayan sido parte en los procesos constitucionales de amparo. Para terceros debiera valer, como criterio vinculante de actuación, la mención expresa al «especial cuidado que [el Tribunal Constitucional] muestra en no incluir en sus resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento y el correspondiente fallo» que se efectúa tanto en el fundamento jurídico 7 de dicha sentencia como en el ATC 516/2004, de 20 de diciembre, FJ 1.

Con respecto a los criterios a seguir en la adopción de este tipo de decisiones, el Tribunal ha declarado aplicable «de manera subsidiaria e indirecta y en los límites que resulte posible por ser compatible con la específica exigencia de máxima difusión de las resoluciones de este Tribunal» (STC 114/2006, FJ 7) el art. 266.1 LOPJ. En este precepto se prevé la limitación del acceso al texto de las sentencias «cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes».

La sola invocación del derecho a la intimidad no se ha considerado razón suficiente para suprimir los datos personales de quienes hayan sido parte en un proceso constitucional. Según se afirma en la STC 68/2005, de 31 de marzo, «quien participa por decisión propia en un procedimiento público [...] no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática (art. 18.1 y 4 CE) por el mero hecho de que los actos del procedimiento en los que deba figurar su nombre sean, por mandato de la Constitución o con apoyo en ella, objeto de publicación oficial o de la publicidad y accesibilidad que la trascendencia del propio procedimiento en cada caso demande; ello sin perjuicio, claro es, de que el contenido mismo de tales actos incorpore, eventualmente, datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, supuesto en el cual sí operan, en plenitud, aquellas garantías constitucionales» (FJ 15).

Por lo que se refiere a la protección de «los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela» (art. 266.1 LOPJ), el Tribunal Constitu-

cional ha prestado particular atención al «específico deber de tutela de los menores» (STC 114/2006, FJ 7, o más recientemente, STC 99/2019, de 18 de julio). En la STC 114/2006, de reiterada cita en estas páginas, se enumeran tres tipos genéricos de supuestos en los que se han suprimido los datos personales de los menores. En primer lugar, se mencionan los «litigios relativos a su filiación o custodia (SSTC 77/1994, de 17 de enero, o 144/2003, de 14 de julio)»; a este mismo grupo pertenecerían las SSTC 1/1981, de 26 de enero, 13/1981, de 22 de abril, 22/2008, de 31 de enero, y 176/2008, de 22 de diciembre, por traer causa todas ellas de procesos que afectaban a la custodia y régimen de visitas de menores. También se ha evitado la identificación completa de los menores cuando el recurso de amparo ha traído causa de «procedimientos de adopción o desamparo (SSTC 114/1997, de 16 de junio; 124/2002, de 20 de mayo; 221/2002, de 25 de noviembre, o 94/2003, de 19 de mayo)»; procedimientos de repatriación de un menor previamente declarado en situación de desamparo (STC 183/2008, de 22 de diciembre) o, en fin, cuando los menores han sido «acusados de hechos delictivos (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, o 30/2005, de 14 de febrero)».

También se ha evitado la identificación completa de quienes han solicitado el amparo constitucional en «garantía del anonimato de las víctimas y perjudicados en casos especiales (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, o 127/2003, de 30 de junio)» (STC 114/2006, FJ 7). En el origen de las dos resoluciones citadas se encuentra la divulgación de datos personales de quienes habían sido víctimas de delitos contra la libertad sexual. Posteriormente, en la STC 77/2009, de 23 de marzo, se suprime la identificación completa de quienes comparecieron en un proceso constitucional de amparo tras haber actuado ante la jurisdicción civil en defensa de sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen con ocasión de una publicación periodística relativa a la llamada «Secta Ceis».

El riesgo de que los datos personales puedan ser usados «con fines contrarios a las leyes» (art. 266.1 LOPJ) ha sido objeto de especial ponderación en la STC 216/2005, de 12 de septiembre, donde se evitó la identificación completa del recurrente, miembro de la Brigada de Información de la Jefatura Superior de Policía del País Vasco. La genérica invocación de un eventual riesgo para la seguridad personal no puede considerarse motivo suficiente para suprimir sus datos de las resoluciones jurisdiccionales de este Tribunal. Al respecto cabe mencionar la existencia de una providencia de la Sala Primera de 4 de julio de 2005 que rechazó la pretensión formulada en tal sentido por el actor en el recurso de amparo 3205-2002 (luego resuelto por la STC 152/2006, de 22 de mayo), quien vinculaba ese riesgo a su sola condición de suboficial del Ejército de Tierra.

En otras ocasiones se ha rechazado la exigencia constitucional de máxima difusión deba ceder en la ponderación frente a la eventual pérdida de prestigio personal o profesional de quien sea parte en el proceso. Es el caso de una providencia de la Sala Primera de 4 de julio de 2005, denegatoria de la petición formulada por el actor en el recurso de amparo 6804-2002 (resuelto por la STC 43/2005, de 28 de febrero), quien adujo exclusivamente la pérdida de prestigio personal o profesional que sufriría por la publicidad dada al hecho de que se había visto envuelto en un proceso penal.

En abril de 2010 la Sala Segunda rechazó la petición del actor en el proceso de amparo 3251-1998, quien instaba la supresión de su nombre y apellidos en la STC 46/2002, de 25 de febrero. Tampoco en esta ocasión las razones aducidas – prestigio y dignidad personal, familiar y profesional – se estimaron suficientes para excepcionar la exigencia constitucional de máxima difusión de las Sentencias.

Con fecha 19 de octubre de 2010 el Pleno del Tribunal dictó tres providencias por las que denegó la solicitud de supresión de nombres y apellidos del actor en los AATC 28/2010, 29/2010 y 31/2010, todos ellos de 25 de febrero, en los que se inadmitían diferentes recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo 3558-2009, 5028-2009 y 5575-2009, respectivamente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I. (2015), «Los letrados del Tribunal Constitucional español», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 19, pp. 13-24.
- BONICA, A.; CHILTON, A.; GOLDIN, J.; ROZEMA, K; SEN, M. (2019), «Legal Rasputins? Law clerk influence on voting at the US Supreme Court», *The Journal of Law, Economics and Organisation*, vol. 35, n. 1, pp. 1-36.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (1986), «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, pp. 171-185.
- ESTRADA MARÚN, J. A. (2017), *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Aranzadi.
- GAROUPA, N.; GÓMEZ POMAR, F.; GREMBI, V. (2013), «Judging under political pressure: an empirical analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court», *Journal of Law, Economics and Organisation*, vol. 29, n. 3, pp. 513-534.
- HANRETTY, C. (2012), «Dissent in Iberia: the ideal points of justices on the Spanish and Portuguese Constitutional Tribunals», *European Journal of Political Research*, n. 51, pp. 671-692.

- KORNHAUSER, L. A.; SAGER, L. G. (1993), «The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts», *California Law Review*, Vol. 81, n. 1, pp. 1-59.
- LÓPEZ LABORDA, J.; RODRIGO, F.; SANZ ARCEGA, E. (2018), «Is the Spanish Constitutional Court an instrument of central government against the Autonomous Communities?», *Constitutional Political Economy*, vol. 29, n.3, pp. 317-337.
- (2019), «Consensus and dissent in the resolution of conflicts of competence by the Spanish Constitutional Court: the role of federalism and ideology», *European Journal of Law and Economics*, en prensa (se cita según avance gentileza de los propios autores).
- MANCINI, P. (2009), *Elogio della lottizzazione. La via italiana al pluralismo*, Laterza.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1999, 2001, 2012), *Memoria*, disponibles en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

BALANCE DEL PERFIL ORGÁNICO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ANÁLISIS CRÍTICO Y RETOS PARA EL FUTURO

LAURA BAAMONDE GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción: el TC en un contexto de crisis institucional generalizada. 2. El impacto del *soberanismo* catalán en la dinámica del TC: especial referencia a su dimensión orgánica. 2.1 Antecedentes y punto de inflexión en las relaciones entre las sensibilidades nacionalistas y el TC. 2.2 Afectación *ad intra*. 2.3 Afectación *ad extra*. 3. Conclusiones: defensa del papel del TC como garante del Estado Constitucional. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN: EL TC EN UN CONTEXTO DE CRISIS INSTITUCIONAL GENERALIZADA

La percepción ciudadana de la realidad socio-política española de los últimos años sigue enmarcada en un contexto generalizado de crisis institucional. Una situación, que, si bien ha afectado en mayor medida al poder legislativo y ejecutivo –dada la gran repercusión mediática de abundantes casos de corrupción–, se ha extendido a la práctica totalidad de instituciones del Estado, y el Tribunal Constitucional, en tanto que órgano de cierre, no ha sido ajeno al fenómeno.

Es por ello que el estudio de las normas que disciplinan el mandato de los jueces constitucionales deja de ser una cuestión meramente técnica, y se erige

en un factor de máxima actualidad y relevancia política. El análisis crítico de los aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional permite replantear las potencialidades y disfunciones de su marco normativo de referencia, en aras siempre a garantizar un mejor contexto para el sereno desempeño de las funciones del cargo.

Así, el objetivo de enfocar esta reflexión en torno al mandato de los miembros del colegio, pasa por favorecer una mejor comprensión social de la trascendental labor del Tribunal Constitucional como máximo intérprete en materia de garantías constitucionales, y, por ende, de sus titulares. Profesionales, cuyo acceso al cargo no depende en exclusiva de una nominación con trasfondo político-partidista –que en todo caso podría ser defendida como exigencia democrática–, sino que viene constitucionalmente condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos objetivos de capacidad técnica reconocida. Cuestión, esta última, frecuentemente olvidada cuando se vierten ciertas críticas hacia el Tribunal y sus integrantes.

De tal manera, y aun admitiendo la intrínseca politicidad¹ inherente a la magistratura constitucional, no debemos olvidar la configuración del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional. Que, si bien, no pertenece al poder judicial, en su proceder aplica los métodos propios de la jurisdicción², lo que implica para sus titulares el debido sometimiento a un estricto estatuto jurídico similar al propio de los responsables de la jurisdicción ordinaria. Aunque teniendo presentes, obviamente, las debidas modulaciones que las especiales características de un juez de la Constitución requiere.

Dando por superado el debate Kelsen-Schmitt acerca de la naturaleza jurisdiccional o política del control del orden constitucional, y mayoritariamente aceptada la premisa de la de Constitución como norma suprema y jurídicamente vinculante, no son pocos los autores que siguen reflexionando acerca de la idea subyacente a esta histórica controversia jurídica: la discusión acerca de la legitimidad³ democrática de la justicia constitucional. Cuestión no menor, y que deriva de la connotación contramayoritaria característica de este tipo de control. No obstante, la justicia constitucional se ha convertido por derecho propio en un elemento fundamental para la consolidación democrática. Así lo demuestran experiencias como la de Alemania o Italia, inspiradoras

¹ La dimensión política de la justicia constitucional ha sido señalada reiteradamente por la doctrina, entre otros, véanse PEGORARO (2007); RUGGERI (2011).

² La noción de la justicia constitucional como jurisdicción cuya peculiaridad respecto de la jurisdicción ordinaria reside precisamente en su objeto de estudio, es decir, las leyes constitucionales, se encuentra en numerosos autores, así, EISENMANN (1986); GARCÍA DE ENTERRÍA (2006). En el mismo sentido, TOMÁS Y VALIENTE (1993); CHELI (1999).

³ Entre otros, CRUZ VILLALÓN (1987); ELIA (2003); MEZZETTI (2011).

del modelo adoptado por el constituyente español de 1978, que demuestran la debilidad argumental de la recurrente contraposición entre control jurisdiccional de la Constitución y principio democrático, que sólo podría sostenerse entendiendo este último en un sentido jacobino del término, no, sin embargo, desde un punto de vista pluralista, donde constituiría un elemento esencial (Zagrebelsky, 1988, 97).

Así, en esta línea de razonamiento, el estudio del perfil orgánico del Tribunal Constitucional, en tanto que órgano garante de la integridad de la Constitución a través de una jurisdicción especializada, se convierte en un objeto de análisis de especial relevancia para la reafirmación de su propia legitimidad.

Desde que el Tribunal iniciase su actividad en el año 1980, cierto sector de la doctrina mostró interés por las cuestiones orgánicas, señalando –muy acertadamente– sus aspectos controvertidos. Unas veces poniendo el foco en el propio diseño institucional; y otras, –probablemente las más– en su aplicación práctica.

Podemos encontrar literatura crítica con la opción por un número par de magistrados, la solución de los *empates* a través del voto de calidad del Presidente, el amplio peso específico de las nominaciones de origen parlamentario, el alcance de la duración del mandato y la cadencia de las renovaciones parciales, los límites a la reelección... Pero, sin duda, los debates más intensos e interesantes son los que han girado en torno al fenómeno perverso por antonomasia en este terreno, la percepción de adscripción partidista de los candidatos a formar parte del Tribunal.

De ahí que ciertas prácticas relativas a la selección y condiciones de permanencia en el cargo hayan sido ampliamente comentadas por la doctrina especializada, haciendo hincapié en lo pernicioso de las mismas y los riesgos que entrañan para el buen funcionamiento democrático. Recordemos que el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre del sistema, máximo garante de la integridad de la Carta Magna, y tiene la última palabra (al menos en el plano nacional-interno), de manera que cualquier mácula o duda acerca de su desempeño suponga un menoscabo en la comprensión global del funcionamiento institucional general de nuestra democracia.

No es extraño, por tanto, que los autores comprometidos con la causa hayan dedicado sus esfuerzos al rechazo de fenómenos tales como: los reiterados y dilatados retrasos en las renovaciones correspondientes a las Cámaras parlamentarias o las prácticas de reparto de cuotas entre fuerzas políticas (*lottizzazione*), con o sin derecho a veto, y los consustanciales bloqueos estratégicos. Así como también han comentado, en clave crítica, determinadas reformas de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional,

muy especialmente, en relación con las candidaturas correspondientes al Senado, la prórroga del mandato del Presidente o el acortamiento del período efectivo en el cargo por parte de los magistrados entrantes fuera de los supuestos de renovación ordinaria de los tercios. Y no han sido ajenos al desencanto social que generan algunos aspectos del estatuto jurídico de los magistrados constitucionales susceptibles de revisión, como, por ejemplo, la no prohibición de militancia política.

Una aproximación pormenorizada y omnicompreensiva del perfil orgánico del Tribunal Constitucional requeriría de un estudio monográfico, sin embargo, una selección de las polémicas más recientes puede ayudar a entender el deterioro en la imagen de la institución, permitiendo la identificación de las causas de tal situación, y favoreciendo la formulación de líneas de solución.

2. EL IMPACTO DEL *SOBERANISMO* CATALÁN EN LA DINÁMICA DEL TC: ESPECIAL REFERENCIA A SU DIMENSIÓN ORGÁNICA

Probablemente el escollo más importante al que se ha enfrentado el Tribunal Constitucional en los últimos tiempos ha sido el *desafío soberanista* catalán. Sin ánimo de trazar un análisis de conjunto –labor que excedería con mucho las pretensiones de esta más acotada reflexión–, merece la pena detenerse en la afectación de este fenómeno a los aspectos orgánicos de la institución. Cuestión no baladí, pues, como ya se ha indicado en líneas precedentes, guarda un estrecho vínculo con la percepción social del desempeño del Tribunal, lo que sin duda redundará en una más/menos amplia aceptación, y, en definitiva, determina su legitimación como órgano de cierre del sistema.

2.1 **Antecedentes y punto de inflexión en las relaciones entre las sensibilidades nacionalistas y el TC**

Existe consenso en la doctrina al afirmar el importante papel del Tribunal Constitucional en lo relativo a la organización territorial del Estado, más concretamente, en la progresiva evolución del Estado de las Autonomías. La opción del constituyente por un modelo de descentralización política *sui generis*, no encuadrable –al menos sin los debidos matices– en los clásicos cánones del Estado federal, ha fomentado la relevancia del órgano de justicia constitucional como árbitro de las disputas competenciales.

Un sistema de reparto basado en los principios de unidad, autonomía y solidaridad, que reconoce la existencia de Nacionalidades y Regiones, y de configuración no predeterminada en virtud del llamado «principio dispositivo» (art. 2 CE). De ahí que el protagonismo de la negociación política haya relegado al Tribunal a una postura «prudente y abierta», cediendo la definición del modelo a las instancias políticas (Aja, 2003, 156).

Ello sin embargo no impidió las intensas críticas de determinadas fuerzas nacionalistas, llegando a su máximo apogeo –hasta entonces– con la aprobación de la conocida como «Declaración de Barcelona» de 1998, consistente en un documento especialmente crítico con la labor del Tribunal Constitucional en relación con la configuración del Estado autonómico, a juicio de los firmantes, con una jurisprudencia de marcado carácter centralista y uniformista. Siendo una de sus propuestas más destacables la redefinición del esquema de composición de aquél para hacer partícipes a determinados Parlamentos autonómicos de la selección de sus miembros⁴.

La reivindicación de la participación autonómica en la integración del Tribunal Constitucional no era algo nuevo, pues había estado ya presente en los debates parlamentarios para la elaboración de la Constitución⁵, había merecido atención temprana por la doctrina⁶, y fue objeto de intentos de normación previa⁷. Sin olvidar en todo caso el precedente histórico del Tribunal de Garantías Constitucionales⁸.

En este contexto, y con ocasión de la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, se introdujo un nuevo apartado en el art. 16.1 LOTC en el que se indica que los magistrados propuestos por el Sena-

⁴ Suscrita por los partidos y coaliciones nacionalistas CiU (Convergència i Unió), PNV (Partido Nacionalista Vasco) y BNG (Bloque Nacionalista Galego) en la segunda mitad de 1998. Un estudio detallado de la misma puede encontrarse en AJA; PÉREZ TREMPES (2002).

⁵ *Vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n.º 91, de 16 de junio de 1978, pp. 3433-3435. Enmienda fallida presentada por el Sr. Letamendía.

⁶ AGUILÓ LUCÍA (1981).

⁷ Empezó a tomar forma con la presentación de una proposición de ley de modificación de la ley reguladora del Tribunal por parte del Parlamento de Cataluña, así como con la posterior aprobación de una serie de preceptos incluidos en algunos de los Estatutos de Autonomía reformados más recientemente. De tal manera, el art. 180 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el art. 224 del Estatuto de Andalucía, el art. 89. 4 del Estatuto de Aragón y el 58. 2 d) del Estatuto de Castilla y León, establecieron la posibilidad de intervención autonómica en el nombramiento de candidatos a integrar órganos estatales previa aprobación de la reforma de la LOTC a través de la LO 6/2007 en lo concerniente a las vacantes cuya provisión corresponde al Senado.

⁸ La Ley de 14 de junio de 1933 preveía la elección de un magistrado constitucional por cada Región española. Las Regiones con Estatuto de Autonomía elegirían a su juez correspondiente a través del organismo encargado de ejercer la potestad legislativa. Mientras que las Regiones que no contaban con Estatuto debían aplicar un sistema electoral, lo que desembocó en la politización de la elección (AGUILÓ LUCÍA, 1981, pp. 361-362).

do serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Una previsión no exenta de polémica doctrinal, que, si bien trataba de responder a los autores y sectores sociales que durante años venían defendiendo un nuevo modelo de relación entre el Tribunal Constitucional y los entes subestatales a través de la intervención de la dimensión territorial del Estado en el esquema de composición del órgano, fue objeto de cuestionamiento constitucional. Del mismo modo que también fue impugnada la reforma consiguiente del art. 184 del Reglamento del Senado que dotaba de un cauce procedimental a la nueva previsión orgánica.

Estas dudas sobre su compatibilidad con la Constitución fueron despejadas por las SSTC 49 y 101/2008 respectivamente, en las que se afirmaba, que, la atribución constitucional al Senado del nombramiento de cuatro magistrados (art. 159.1 CE), no impedía la participación de los órganos autonómicos en la selección, en la medida en que la decisión final seguía quedando en manos del Senado, que no vería mermadas por ello sus facultades (Baamonde Gómez, 2018a, 2267).

Si bien el propio Tribunal avaló la reforma, merece la pena dejar la puerta abierta a un análisis más amplio de las consecuencias de esta medida, no sólo en su dimensión práctica (su aplicación no parece haber variado sustancialmente el marcado acento partidista de la selección de candidatos en detrimento de las consideraciones territoriales), sino incluso, en el plano teórico. A fin de cuentas, debemos rechazar cualquier orientación que permita inferir una suerte de naturaleza representativa⁹ en el mandato de los jueces constitucionales, lo contrario, sería admitir una desigualdad/falta de generalidad en los intereses que presiden el razonamiento jurídico entre los miembros del colegio (de un lado, los elegidos respondiendo a criterios territoriales; del otro, los elegidos respondiendo al interés general). Bajo esta premisa, bien podría haberse optado por una reforma que reforzase el papel del Senado como Cámara de representación territorial, evitando con ello que las Comunidades Autónomas se sintiesen excluidas de la designación de magistrados constitucionales correspondiente a éste.

Otra polémica reforma contenida en la LOTC 6/2007, y que pesar de su aparente tecnicidad fue objeto de una lectura sesgada, fue la del párrafo terce-

⁹ Seguimos en este punto la visión mayoritaria de la doctrina italiana, negando la existencia de un vínculo entre el magistrado y su cuerpo electoral proponente en términos de relación de mandato alguno, distinguiendo así entre los conceptos: *rappresentazione* (se admite en la medida en que la diversa procedencia profesional de los jueces constitucionales aporta enfoques complementarios en el análisis jurídico) y *rappresentanza* (se niega un mandato con contenido sustantivo) (ZAGREBELSKY, 1988, 94-95).

ro *in fine* del art. 16 LOTC, que positivizó un criterio de prórroga en favor del Presidente cuando el fin de su mandato (transcurridos los tres años) no coincidiese en el tiempo con la preceptiva renovación del órgano (mandato personal de nueve años y renovación parcial por tercios cada tres), en los términos en que se venía procediendo al interior del Tribunal, a falta de una previsión legislativa al respecto.

Una medida aparentemente neutra y coherente con una reiterada práctica interna del órgano, que sin embargo, fue duramente contestada por una parte del espectro político y de la doctrina, quedando finalmente avalada por la referida STC 49/2008, al entender que tenía por objeto facilitar la continuidad de las funciones hasta la renovación del Tribunal, reforzando al mismo tiempo la posición del Presidente, al garantizar que dicho cargo sea ostentado por alguien elegido por todos los miembros del colegio (Baamonde Gómez, 2018a, 2267).

Lamentablemente, buena parte de las críticas giraron en torno al contexto político en el que se enmarcó la nueva redacción art. 16.3 LOTC: la impugnación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Muchos quisieron ver en la modificación normativa el *blindaje* de la entonces titular de la Presidencia, en una presunta estrategia de control de mayorías al interior del Pleno. Sin embargo, por mi parte, la contestación que podría hacerse es la inadecuación de consolidar a nivel legislativo una dinámica orgánica del Tribunal, concebida *ad hoc* para situaciones de no renovación en plazo de las candidaturas correspondientes, bien al Congreso, bien al Senado. Convirtiendo así el incumplimiento de un mandato constitucional (art. 159. 1 CE) por parte de las Cámaras parlamentarias en fundamento para la innovación normativa de un aspecto del perfil orgánico/organizativo del Tribunal, que afecta, nada menos, que al alcance temporal del mandato presidencial.

Llegados a este punto, creo que no es aventurado afirmar, que la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006 supuso un punto de inflexión en el funcionamiento del Tribunal Constitucional. Prosiguiendo con el enfoque en la dimensión orgánica, y en adición a lo ya apuntado previamente, podemos distinguir: una afectación *ad intra*, caracterizada por el uso abusivo y partidista de la figura de la recusación, el cuestionamiento del poder de exteriorización del Presidente o los riesgos de la no prohibición de militancia política de los magistrados; y otra afectación *ad extra*, referida a la aceptación social de sus resoluciones, especialmente tras la STC 31/2010, que resolvió el control de constitucionalidad de la norma institucional básica de Cataluña, previamente aprobada en referéndum.

2.2 *Afectación ad intra*

El inicio de las hostilidades puede situarse en el ATC 26/2007, que gozó de gran repercusión mediática, al resolver estimar la recusación del magistrado D. Pablo Pérez Tremps en el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El fundamento para su apartamiento del caso consistió en la apreciación de la concurrencia de la causa 13.^a del art. 219 LOPJ, con ocasión de la elaboración de un dictamen en calidad de Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid¹⁰.

Una desafortunada decisión, que sólo cabe ser explicada en un más amplio contexto de confrontación político-partidista con ocasión de la reforma estatutaria en Cataluña. Un claro ejemplo del pernicioso fenómeno de «judicialización de la política», que situó al Tribunal en el centro de una tempestad política y mediática.

Así, la controvertida aceptación de la recusación originó una cascada de pretensiones recusatorias sin precedentes en sucesivos procedimientos de gran trascendencia¹¹. Factor que despertó el interés de los partidos políticos por influir en la configuración interna del órgano, tratando de controlar las posteriores decisiones de acuerdo a las eventuales adscripciones políticas de los componentes.

Esta interpretación de la recusación en clave política constituye una desvirtuación de la figura, fruto de la incorrecta aplicación práctica de las previsiones normativas, y supone un grave menoscabo del crédito social de la institución, poniendo en serio riesgo su propia legitimación¹².

El Tribunal, consciente del peligroso sendero abierto por el ATC 26/2007, volvió a una interpretación más restrictiva de los supuestos habilitantes, y, en concordancia con la jurisprudencia previa, rechazó todos aquellos incidentes de recusación infundados y abusivos (Baamonde Gómez, 2018b, 406-409 y 417).

¹⁰ El eje de la discusión residió en la calificación jurídica que debiera darse al trabajo realizado por el magistrado – recordemos, en su rol de profesor universitario – con anterioridad a su entrada en el Tribunal. Así, lo determinante a la hora de valorar la procedencia del incidente recusatorio sería tal adjetivación.

¹¹ Estudios más detallados del contexto político y la *cascada de recusaciones* pueden encontrarse en BAR CENDÓN, (2016); URÍAS (2010); IACOMETTI (2007) y MILEY (2008).

¹² El propio Tribunal fue consciente en su momento del tal riesgo, de ahí que la propia Presidenta Casas Baamonde, en su discurso de despedida con motivo del acto de la novena renovación parcial del Tribunal Constitucional, de 12 de enero de 2011, señalase: «Otra lección que debe extraerse atañe al uso abusivo de la figura de la recusación de magistrados constitucionales...»

Sin embargo, años después, y cuando ya parecía superada la tentación de alentar este tipo de conductas, la reforma de la LOTC planteada por la LO 15/2015 – que otorgó al Tribunal nuevas facultades de ejecución de sus propias resoluciones – llevó al planteamiento de un incidente de recusación contra la totalidad del Pleno por parte de la entonces Presidenta del Parlament de Cataluña D.^a Carmen Forcadell¹³. Inadmitido *a limine* por el ATC 119/2017, pues de acuerdo con la línea doctrinal previa (AATC 380/1993, 80/2005, 269/2014), las pretensiones recusatorias dirigidas contra el conjunto de los magistrados constitucionales son impertinentes y abusivas¹⁴.

De nuevo, las difíciles relaciones entre la Comunidad Autónoma de Cataluña y las instituciones centrales del Estado vuelven a repercutir en el diseño orgánico del Tribunal Constitucional. No obstante, y con buen criterio, éste parece haber reflexionado acerca de los peligros de una interpretación extensiva del incidente de recusación.

En estrecho vínculo con lo señalado en líneas precedentes, y por lo que respecta al poder de exteriorización, cabe hacer mención a la situación vivida hace algo más de una década por el entonces Presidente del Tribunal, D. Manuel Jiménez de Parga, quien tuvo que enfrentarse a una serie de recusaciones debido a unas de declaraciones ante los medios de comunicación. Los AATC 226/2002, 61/2003 y 193/2003, entre otros, obligaron al órgano a ir construyendo criterios que permitan determinar hasta dónde llega la libertad de expresión de los Presidentes en relación con su poder de comunicación institucional, y su equilibrio con una interpretación no extensiva del incidente recusatorio. Tomando como punto de partida el estudio casuístico de cada particular situación y haciendo especial hincapié en las circunstancias concretas de la coyuntura en la que se produjo la declaración controvertida, deberán tenerse en cuenta elementos como: la relación de las manifestaciones con el objeto del proceso, el tenor de las mismas, y la cercanía o distancia temporal respecto de aquél. Factores todos ellos cruciales a la hora determinar si lo dicho constituye o no un juicio anticipado con carácter definitivo, pues sólo en caso de acreditarse la existencia de éste podría considerarse afectada la imparcialidad del juez en el asunto controvertido (Bachmaier Winter, 2008, 134-150).

En tiempos más recientes, la polémica tuvo como protagonista al posterior Presidente D. Francisco Pérez de los Cobos, quien en una conversación informal con periodistas, hizo referencias al proceso soberanista que se está

¹³ En el curso de un incidente de ejecución planteado por el Gobierno central frente a una serie de acuerdos adoptados en el seno de dicha Asamblea autonómica.

¹⁴ *Vid.* ATC 119/2017, de 7 de septiembre, FJ. 3.º

desarrollando en los últimos años en Cataluña¹⁵, y sobre el que, recordemos, no son infrecuentes los pronunciamientos del Tribunal.

En este sentido, y para evitar suspicacias, sólo cabe apelar a la moderación en el uso de la palabra por parte de quienes ostenten la Presidencia en cada momento, así como a la prudencia de los compañeros de Pleno en el análisis individualizado de las pretensiones recusatorias que se puedan formular al respecto.

Para finalizar con el análisis de los efectos de la realidad política en la dinámica interna del Tribunal, debe destacarse, aunque sea someramente, que en verano de 2013 se hizo pública la afiliación al Partido Popular del, por entonces, Presidente Pérez de los Cobos, coincidiendo temporalmente tal adscripción con su condición de magistrado. Ante la contestación política generada por tal revelación, el Tribunal Constitucional, en una línea coherente con la doctrina sostenida desde su ATC 226/1988, trató de contener el alcance de la publicación emitiendo una nota informativa, la 43/2013, de 18 de julio, en la que sostenía que la lectura sistemática de los preceptos que disciplinan la cuestión (arts. 159.4 CE y 19.1 LOTC) «no impide que los magistrados de este Tribunal puedan pertenecer a partidos políticos (...) y sólo se les impide ocupar dentro de los partidos cargos de carácter directivo».

Ello no evitó, sin embargo, que el órgano hubiese de dictar una serie de autos en los cuales tuvo que pronunciarse en una larga cascada de recusaciones contra el magistrado. Entre éstos, el ATC 180/2013¹⁶ gozó de mayor repercusión, pues supuso la inadmisión de las recusaciones formuladas en veintiséis procedimientos. La posición del Pleno en estos incidentes se limita a reiterar la compatibilidad de la afiliación con el cargo de juez constitucional en la línea ya avanzada previamente, lo que, unido a la necesidad de una interpretación restrictiva de las causas de abstención, lleva a concluir la inadmisión por falta de fundamento suficiente.

Debe considerarse, por tanto, que el Tribunal hizo una correcta interpretación del marco normativo de referencia, pues los derechos fundamentales siempre deben ser leídos en favor de su máxima eficacia, y la pertenencia a partidos políticos por parte de los magistrados constitucionales, por muy cuestionable que sea tal compatibilidad, no está prohibida. Sin embargo, en un contexto de desconfianza ciudadana hacia las instituciones, y ante el riesgo de una lectura sesgada, en clave político-partidista, de sus decisiones, sería con-

¹⁵ Los detalles de las manifestaciones pueden consultarse en *Público* de 23/07/2015, www.publico.es.

¹⁶ De menor trascendencia doctrinal, aunque interesantes, son también los ATC 194/2013, 237/2014 y 238/2014 (este último formula una recusación contra el magistrado D. Pedro José González Trevijano, no por militancia política, sino por su estrecha relación con la Fundación FAES).

veniente auspiciar una reforma normativa encaminada a restringir la militancia política de los magistrados durante su permanencia en el cargo, pues ello contribuiría positivamente a disipar las dudas acerca de su imparcialidad en su desempeño.

2.3 Afectación *ad extra*

Por lo que respecta a la dimensión externa de los efectos del *soberanismo catalán* sobre el rol del Tribunal Constitucional, cabe destacar la reforma llevada a cabo por la LO 12/2015, y que tuvo por finalidad la reintroducción del recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de Autonomía y sus reformas, dando así un paso atrás respecto a lo dispuesto en la previa LO 4/1985¹⁷.

La necesidad de recuperar este procedimiento constitucional, ampliamente discutido a principios de los años 80, tuvo lugar a raíz de los recursos de inconstitucionalidad presentados frente a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, una vez había sido aprobado en referéndum. La contestación doctrinal y social a la fiscalización *a posteriori* de una norma sometida a escrutinio popular ponía en entredicho la legitimidad democrática de dicho procedimiento de control. La naturaleza contramayoritaria de la justicia constitucional fue interpretada de forma torticera por algunas fuerzas políticas, fomentando una imagen distorsionada de las reglas del Estado Constitucional, e identificando el concepto de democracia únicamente con el principio mayoritario, sin tener en cuenta otros valores, como la especial relevancia de los tribunales constitucionales para la protección de las minorías.

De tan profundo calado fue el debate, que incluso el propio Consejo de Estado en su Informe de 2006 acerca de la reforma de la Constitución, destacó lo oportuno que sería volver a incluir el recurso previo en relación con los Estatutos, en aras a garantizar un cierto equilibrio entre el debido control de normas con rango de ley que corresponde al Tribunal Constitucional (los Estatutos de Autonomía, normas institucionales básicas de las respectivas Comunidades Autónomas y al mismo tiempo leyes orgánicas del Estado – arts. 81.1 y 147 CE – están directamente subordinadas a la Constitución y por tanto son susceptibles de control *ex art. 27.2 a) LOTC*) y el escrupuloso respeto por las fórmulas de participación ciudadana.

¹⁷ Aunque sin incluir la revisión de leyes orgánicas, como sí ocurría en los primeros años de actividad del Tribunal.

Se optó finalmente por una solución, que, sin caer en los excesos que desembocaron en la supresión de la figura del control previo de leyes orgánicas del año 1985, trata de reconstruir la relación entre justicia constitucional y voluntad popular, a través de un procedimiento de control *a priori*, sensible a la especial naturaleza y a las peculiaridades procedimentales que presentan los Estatutos de Autonomía (Baamonde Gómez, 2018a, 2269-2270).

Queda finalmente por comentar la última reforma llevada a cabo hasta el momento de la LOTC, a través de la LO 15/2015, que, si bien no modifica aspectos de la configuración orgánica del Tribunal, sí supone una afectación indirecta sobre los mismos, en la medida en que le adjudica unas nuevas competencias en materia ejecutiva difícilmente imaginables hace tan sólo unos años. Para entender la voluntad del legislador, es necesario ampliar el foco de análisis y comprender cuál ha sido el rol del Tribunal en la defensa de la Constitución frente a los intentos de independencia de las autoridades catalanas.

La senda de actuaciones institucionales para dotar a Cataluña de un entramado jurídico-institucional propio y diferenciado, orientado a la desconexión con el Estado español mediante la creación de un nuevo Estado paralelo, previa consulta a la ciudadanía catalana, tienen su punto de inicio – en términos jurídicos – con la adopción en el Parlament de la Resolución 5/X de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. Resolución impugnada por el Gobierno central, suspendida, y posteriormente anulada en parte a través de la STC 42/2014.

Frente a los reiterados actos y resoluciones, con o sin valor de ley, aprobados tanto por el Gobierno de la Generalitat como por el Parlament, en ejecución de su hoja de ruta soberanista, desde el Ejecutivo central se ha respondido a través de sucesivas impugnaciones ante el Tribunal Constitucional¹⁸. Iniciándose así un círculo vicioso de recursos e impugnaciones frente a resoluciones, normas o simple vía de hecho; transformando un problema político en un problema jurídico.

El Tribunal Constitucional, consciente de su papel de garante del orden constitucional, ha ido resolviendo todas las reclamaciones que se han ido sometiendo a su conocimiento, con una premisa común a todas sus decisiones: los objetivos políticos de las instituciones catalanas no encajan dentro del vigente marco constitucional (Bar Cendón, 2016, 219).

¹⁸ Un análisis sistemático de la jurisprudencia constitucional generada puede consultarse en BAR CENDÓN (2016, 187 y ss.)

La respuesta por parte de las autoridades catalanas fue clara y quedó consignada de manera explícita en la Resolución 1/XI del Parlament, sobre el inicio del proceso político en Cataluña, de 9 de noviembre de 2015: «El Parlamento de Cataluña, como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente, reitera que esta cámara y el proceso de desconexión democrática del Estado español no se supeditarán a las decisiones de las instituciones del Estado español, en particular del Tribunal Constitucional...»

Es en este contexto de bloqueo, de judicialización de un problema político, y de consiguiente riesgo para la credibilidad del Tribunal Constitucional ante el incumplimiento de sus resoluciones, es en el que surge la reforma operada por la LO 15/2015. Una serie de medidas de diversa índole, encaminadas a garantizar la ejecución eficaz de su jurisprudencia frente a los intentos de elusión de los destinatarios de sus decisiones (Baamonde Gómez, 2018b, 412 y ss.).

Para ello, se procedió a la modificación en la redacción de los arts. 80, 87, 92, y 95.4 LOTC. Cabe destacar la introducción en el art. 87 de la potestad de notificación personal de las resoluciones del Tribunal, así como el reconocimiento de la condición de título ejecutivo de éstas. El art. 92 se reforma de manera íntegra imponiendo al órgano el deber de velar «por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones», estableciendo a reglón seguido una suerte de auxilio y cooperación respecto de las Administraciones y los poderes públicos – además de la judicial prevista en el art. 87.2 – que le permite requerir «a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento», y detectado el incumplimiento, adoptar las facultades más extraordinarias – y por ello, también más polémicas, de la reforma – : imponer multas coercitivas, suspender temporalmente de las funciones a los responsables, proceder a la ejecución sustitutoria con la colaboración del Gobierno central, e incluso, instar un procedimiento por responsabilidad penal.

Una norma, cuestionada en sendos recursos de inconstitucionalidad presentados por los Gobiernos vasco y catalán, en particular en referencia a las facultades relativas a la suspensión de funciones y la imposición de multas coercitivas. Dudas de constitucionalidad, que, sin embargo, fueron despejadas a través de los pronunciamientos SSTC 185 y 215/2016.

No obstante, y a pesar del aval brindado por los referidos pronunciamientos, no debe dejar de considerarse un apunte señalado por algunos magistrados en sus votos discrepantes. A juicio de éstos, el Tribunal eludió una parte fundamental del debate en torno a la modificación normativa: su impacto en el modelo de justicia constitucional diseñado por el constituyente de 1978. A lo que deben añadirse los reparos formulados por la Comisión de Venecia en su Opinión de 13 de marzo de 2017, precisamente en relación con las multas

coercitivas y la suspensión de funciones, ante la indefinición de una regulación, que no distingue entre cargos públicos electivos, funcionarios o particulares (párrafos 73 y 74 de las conclusiones).

En línea con lo sostenido a lo largo de la exposición precedente, es conveniente mantener una actitud de alerta frente a la nueva redacción del art. 92 LOTC, pues, puede llegar a suponer, por sus efectos prácticos, un uso indebido del diseño institucional del Tribunal al servicio de la judicialización de la política, con el consiguiente descrédito institucional. De ahí la necesidad de apelar a la prudencia de los magistrados constitucionales en la aplicación de sus nuevas atribuciones, ya que una interpretación en términos demasiado amplios podría llegar a constituir una instrumentalización del juez constitucional, convirtiéndolo en el centro de la contienda político-partidista (Baamonde Gómez, 2018b, 412 y ss.).

3. CONCLUSIONES: DEFENSA DEL PAPEL DEL TC COMO GARANTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

A modo de conclusión, dos son las ideas que pueden extraerse como colofón al análisis crítico del perfil orgánico del Tribunal Constitucional a la luz del contexto político de los últimos tiempos, muy particularmente, su situación frente al impacto del impulso soberanista en Cataluña: de un lado, la reafirmación de su jurisdicción; del otro, el rechazo de prácticas tendentes a la manipulación partidista del colegio.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la necesaria defensa del rol del Tribunal Constitucional como supremo garante del Estado Constitucional de Derecho queda fuera de toda duda. La propia Comisión de Venecia en la referida Opinión de marzo de 2017 así lo afirmó en su párrafo 8 de las consideraciones generales: «*disregarding a judgment of a Constitutional Court is disregarding the Constitution*».

Su papel fundamental como máximo intérprete en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) le ha convertido en una institución clave en el proceso de consolidación democrática. Como árbitro de las controversias competenciales entre territorios en un marco constitucional caracterizado por una cierta indefinición y unos límites un tanto difusos, ha tratado de mantener una postura favorable al amplio margen de negociación de las esferas políticas. Un

buen ejemplo de esta actitud de *self-restraint* puede encontrarse en la STC 42/2014, al apelar al diálogo político en relación con el conflicto catalán¹⁹.

Como consecuencia de la especial misión del Tribunal Constitucional en el general funcionamiento del modelo constitucional-democrático, es también necesario señalar, que la mejor manera de reafirmar la jurisdicción propia del órgano pasa por rechazar de plano fenómenos que menoscaben su independencia institucional, así como la de sus miembros individualmente considerados. Por consiguiente, el diseño normativo del perfil orgánico del órgano de cierre del sistema debe estar al servicio de tal finalidad, evitando, en lo posible, regulaciones que favorezcan o cristalicen prácticas perniciosas orientadas a la instrumentalización de los magistrados en la toma de decisiones de particular trascendencia política.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILÓ LUCÍA, L. (1981), «La presencia de las Nacionalidades y Regiones en el Tribunal Constitucional», en VVAA, *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 349-367.
- AJA, E. (2003), *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, 3.^a Ed., Alianza, Madrid.
- AJA, E.; PÉREZ TREMPES, P. (2002), «Tribunal Constitucional y organización territorial del Estado», en Espín Templado, E.; Díaz Revorio, F. J. (Coords.), *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Cortes de Castilla-La Mancha, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 141-179.
- BAAMONDE GÓMEZ, L. (2018 a), «Artículo 165», en Pérez Trempe, P.; Saiz Arnaiz, A. (Dirs.), *Comentario a la Constitución española. Libro-homenaje a Luis López Guerra (40 aniversario 1978-2018)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 2263-2272.
- (2018 b), «El juez constitucional y la judicialización de la política. Una reflexión acerca del incidente de recusación a partir de los AATC de 7 y 13 de septiembre de 2017», en Vaquer Caballería, M.; Moreno Molina, A. M.; Descalzo González, A. (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, pp. 403-423.

¹⁹ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ. 4.º b): «los poderes públicos y muy especialmente los poderes territoriales que conforman nuestro Estado autonómico son quienes están llamados a resolver mediante el diálogo y la cooperación los problemas que se desenvuelven en este ámbito. El concepto amplio de diálogo, por otra parte, no excluye a sistema o institución legítima alguna capaz de aportar su iniciativa a las decisiones políticas, ni ningún procedimiento que respete el marco constitucional. A este Tribunal incumbe únicamente, a iniciativa de las partes legitimadas para recabar su intervención, velar porque los procedimientos que se desarrollen en el curso de este diálogo se ajusten a los requisitos exigidos por la Constitución»

- BACHMAIER WINTER, L. (2008), *Imparcialidad Judicial y Libertad de Expresión de Jueces y Magistrados. Las Recusaciones de Magistrados del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra.
- BAR CENDÓN, A. (2016), «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º37, pp. 187-220.
- CHELI, E. (1999), *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino Ed., Bolonia.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1987), *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- EISENMANN, C. (1986), *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Edición de 1928, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París.
- ELIA, L. (2003), «L'esperienza italiana della Giustizia costituzionale. Alcuni nodi critici», en Olivetti, M.; Groppi, T. (Coords.), *La Giustizia costituzionale in Europa*, Università degli Studi di Foggia, Giuffrè Ed., Milán, pp. 137-148.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cuarta Ed., Thomson-Civitas, Navarra.
- IACOMETTI, M. (2007), «Ricusazioni “a raffica” per il Tribunale Costituzionale», en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Rivista trimestrale, Vol II, Giappichelli Ed., pp. 1031-1051.
- MEZZETTI, L. (2011), «Composizione e legittimazione degli organi di Giustizia costituzionale», en VVAA (Calamo Specchia, M., coord.), *Le Corti Costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Giornate seminariali, Bari, Università degli Studi, 25-26 maggio, Giappichelli Ed., Turín, pp. 171-200.
- MILEY, T. J. (2008), «Recusal and the Question of Judicial Independence. Reflections on the current Spanish Controversy in Comparative and Theoretical Perspective», en *Working Papers*, RS 2/2008, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 1-29.
- PEGORARO, L. (2007), *Giustizia Costituzionale Comparata*, Giappichelli Ed., Turín.
- RUGGERI, A. (2011), «La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario», en *Quaderni costituzionali*, año XXXI, n.º 2, junio, pp. 361-383.
- TOMÁS y VALIENTE, F. (1993), *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- URÍAS, J. (2010), «El Tribunal Constitucional ante la participación autonómica en el nombramiento de sus miembros», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, número 10, abril, pp. 207-244.
- ZAGREBELSKY, G. (1988), *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino Ed., Bolonia.

ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL Y NATURALEZA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (UN ANÁLISIS SOBRE LAS REFORMAS DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. La configuración de la Justicia constitucional por el legislador orgánico. 2. La reforma de la LOTC de 2007: la transformación del recurso de amparo. 3. De la naturaleza jurisdiccional a la naturaleza política del TC a través de sus reformas. 3.1. La reforma de 1984. 3.2. La reforma de 1985. 3.3. Las reformas de 1988 y 1999. 3.4. La reforma de 2000. 3.5. Las reformas de 2007. 3.6. La reforma de 2010. 3.7. Las reformas de 2015. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. LA CONFIGURACIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL POR EL LEGISLADOR ORGÁNICO

La Ley orgánica 2/1979 del Tribunal constitucional, de 3 de octubre, (LOTC) representa la piedra angular del sistema constitucional español. La Constitución española (CE) establece un mandato al legislador para que mediante ley orgánica desarrolle el funcionamiento, el estatuto de los miembros del Tribunal constitucional (TC) los procesos constitucionales y las condiciones para el ejercicio de las acciones (artículos 165 y 81.1 CE).

Por prescripción de la norma fundamental la ley orgánica debe desarrollar obligatoriamente determinados procedimientos: el de control de constitucionalidad de las disposiciones normativas con fuerza de ley (del artículo 161.1.a, 162.1.a y 53.1 CE); el control previo de constitucionalidad de los tratados (95.2 CE), mecanismos para el control de las disposiciones normativas con fuerza de ley de las comunidades autónomas (153 CE) y de disposiciones y actos sin fuerza de ley (161.2), conflictos competenciales (161.1.c), la cuestión de inconstitucionalidad por jueces y magistrados (163 CE); la legitimación activa para interponer el recurso de amparo, de constitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad (162 y 163 CE); el valor de sus sentencias (164 CE); la composición, propuesta, nombramiento, presidencia y un estatuto mínimo de los magistrados (159 y 160 CE) y la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo a través del recurso de amparo¹ (53.2 CE).

Por lo demás, la reserva de los artículos 165, 161.1.d), y 162.2 CE concede una extraordinaria discrecionalidad al legislador orgánico para configurar la justicia constitucional: la concreción del modelo constitucional de nuestra jurisdicción².

El legislador orgánico del Tribunal Constitucional «goza de una libertad de configuración que no sólo se deriva del principio democrático, sino que también está protegida a través de las diversas reservas de ley orgánica previstas en el texto constitucional respecto a esta institución³» (FJ 4 STC 66/1985). De otra parte, es también claro que, sea cual sea el lugar que la Ley orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador y que, en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que

¹ No creo, como señalan algunos autores, que el legislador orgánico pueda incluir o excluir derechos de la esfera de protección del amparo fuera de los establecidos por el propio precepto 53.2 CE, como sí señalan algunos autores tales como MATIA PORTILLA (2009, 347): «La libertad de configuración que la Constitución ofrece al legislador orgánico puede concretarse en una restricción o ampliación de los derechos que pueden ser amparables o, incluso, de la importancia y alcance de la lesión de un mismo derecho fundamental. No sería incompatible con la Constitución, a nuestro juicio, que se excluyeran del amparo constitucional determinados derechos fundamentales o que exigiera, con carácter general, que la lesión del derecho fundamental presentara especial intensidad». Por su parte, como el propio autor señala, el inciso del artículo 53.2 CE que señala la tutela de tales derechos «en su caso» a través del recurso de amparo no significa que el legislador pueda o no determinar la existencia del procedimiento, en una lectura conjunta del Título IX de la CE y la voluntad del legislador: inciso incorporado por el Senador Angulo Montes que pretendía configurar el amparo como una alternativa al amparo judicial (BOC núm. 157, de 6 de octubre de 1978, pág. 3478).

² STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 3 y STC 185 /2016, de 3 de noviembre, FJ 3 b).

³ STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3.

haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales. Este margen es «muy amplio» y corresponde al legislador para «dar curso a sus opciones políticas, opciones que no están previamente programadas en la Constitución de una vez por todas, como si lo único que cupiera hacer en lo sucesivo fuera desarrollar tal programa previo»⁴. «La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo; por tanto, la labor de interpretación no consiste necesariamente en cerrar el paso a otras opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas»⁵. El legislador no es un mero ejecutor de la Constitución «sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece», pues «la vinculación de la ley a la Constitución es, aquí también, de carácter negativo, excluyente de toda trasgresión constitucional, pero no impositiva de una sola configuración del órgano, acabada en todos sus extremos»⁶.

Su contenido es disponible para el legislador, y dado que «la ordenación por la norma fundamental de los órganos constitucionales [no es] siempre, en todos sus extremos, exhaustiva» es susceptible de «configuración e integración por reglas de rango inferior»⁷. El Legislador orgánico puede por tanto introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, «tomar todas aquellas medidas que, en el marco caracterizado del pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la Norma fundamental»⁸, «sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales»⁹.

Esta libertad, como se ha dicho, «no es absoluta, sino que tiene límites materiales y formales que tienen su origen no sólo en dichas reservas y en los restantes preceptos que integran el título IX de la Constitución, sino en una interpretación sistemática de todo el texto constitucional»¹⁰. Ello incluye, no sólo el respeto a las normas constitucionales, tanto materiales como formales¹¹, sino también la independencia y función del Tribunal¹². Efectivamente los límites al legislador orgánico en la configuración del TC

⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7. STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3b.

⁵ STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 12. STC 191/2016, cit. FJ 3b.

⁶ STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, FJ 3b.

⁷ STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 8 D.

⁸ SSTC 49/2008, FJ 4; 118/2016, FJ 1, y 185/2016, FJ 3 b).

⁹ STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4. Véase también STC 49/2008, FJ 3; STC 118/2016, FJ 3 a).

¹⁰ STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 4.

¹¹ STC 49/2008, FJ 3; doctrina que reproduce la STC 185 /2016, FJ 3. STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016.

¹² STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 3.

deben respetar el «modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente¹³» que derivan de una interpretación sistemática de todo el texto constitucional. Sus límites constitucionales no proceden «únicamente de una interpretación literal del precepto aducido en cada caso, sino del modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de una interpretación conjunta de nuestra Norma Suprema y de los principios constitucionales que se proyectan sobre el mismo¹⁴».

Tales límites son fiscalizados por el propio Tribunal constitucional, que a pesar de que limita el control de las reformas de la LOTC «a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional¹⁵» no debe «[d]ejar en manos del legislador orgánico la concreción [...] del modelo constitucional de nuestra jurisdicción pues...» renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucionalidad con amplias competencias y de garantizar su eficacia». La doble vinculación del Tribunal Constitucional al texto constitucional y a su Ley Orgánica no «puede interpretarse en el sentido de impedir el control de constitucionalidad de nuestra ley reguladora, puesto que ello supondría rechazar la vigencia del principio de supremacía constitucional en la fase creativa del Derecho, es decir, frente al legislador¹⁶». Pero el alcance de este control, «es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica¹⁷».

La configuración del Tribunal Constitucional pasa por tanto por la voluntad del legislador, y ésta, ha ido transformándose en sus casi cuarenta años de vida. Desde su aprobación y publicación¹⁸ la ley orgánica ha sido reformada en once ocasiones.

El análisis de las sucesivas reformas nos muestra la problemática propia sobre la configuración orgánica de la justicia constitucional y su naturaleza originaria. Esta última, en mi opinión, ha terminado de transformarse en virtud de la reforma de 2007, la reforma del recurso de amparo.

¹³ También la STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 3.

¹⁴ STC 49/2008, FJ 3.

¹⁵ Esta cita procede de la ya mencionada STC 49/2008, FJ 3. No obstante debemos atender al Voto particular formulado por la Magistrada Adela Asúa Batarrita: «La existencia del Tribunal Constitucional como órgano especial encargado de garantizar la supremacía de la Constitución frente al legislador es incompatible con una actuación extremadamente deferente. Un Tribunal Constitucional no se instituye para invalidar las leyes solo cuando su inconstitucionalidad sea “evidente”; pues si una ley fuera de verdad “evidentemente” inconstitucional, hay que suponer que cualquier juez ordinario sería capaz de advertirlo, sin necesidad de establecer una jurisdicción constitucional separada» STC 185/2016, de 3 de noviembre.

¹⁶ STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, FJ 3.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ «BOE» núm. 239, de 05/10/1979. BOE-A-1979-23709.

2. LA REFORMA DE LA LOTC DE 2007: LA TRANSFORMACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

La Ley orgánica del Tribunal constitucional español fue reformada en 2007 (Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). El centro de esta modificación lo ocupó el recurso de amparo, procedimiento directo de protección de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional (TC). Con la reforma se procedió a la objetivación de las causas de admisión del recurso. Guiada por una explícita intención de reducir la carga de trabajo del Alto tribunal, sin embargo, la reforma ha transformado también profundamente la naturaleza y funciones de la jurisdicción constitucional española. «[E]l Tribunal Constitucional ya no será, como hasta ahora, un Tribunal de amparo, sino, primordialmente, un Tribunal de control de normas y de resolución de conflictos territoriales» (Aragón Reyes, 2009, 38-39).

La intención de «hacer más expedito el procedimiento de amparo» (Pérez Tremps, 2018, 255) había sido reivindicada por los presidentes del Tribunal desde hacía décadas. La LO 6/1988 articuló una primera respuesta en el artículo 50 LOTC a estas demandas introduciendo como motivo de inadmisión la «*carencia de contenido constitucional*»: inadmisión mediante providencia de la demanda por apreciarse *a limine* la inexistencia de la lesión aducida. Veinte años después se vuelve a recuperar el espíritu de aquella reforma con la introducción de un nuevo requisito de admisión de la demanda: el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo del asunto por su «especial trascendencia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1.b LOTC).

Casi 12 años después de la reforma las estadísticas demuestran que se ha cumplido con el objetivo esencial. En 2018 sólo el 0.95 % de las demandas de amparo fueron admitidas a trámite para su resolución (el 72,09% de recursos planteados son inadmitidos por la falta de especial trascendencia constitucional) el dato más bajo de la serie histórica desde la aparición del Tribunal constitucional (que ha pasado de admitir entorno al 4,7% en 1999 y 2004, por ejemplo, a una media de entre el 1-2% desde la reforma de 2007). Pero, sobre todo, la reforma ha mostrado su capacidad disuasoria. Si en el año 2006 ingresaron un total de 11.471 recursos de amparo, en 2018 fueron 6.918. La resolución por el Tribunal (sea por autos, provi-

dencias o sentencias) ha sido más o menos constante (entre los 6.000 y 8.000 asuntos anuales) por lo que la reforma ha tenido la virtud de reducir drásticamente los asuntos pendientes de admisión y resolución (en 2006 eran 13.883, en 2018: 3.180)¹⁹.

La reforma de la Ley orgánica, si bien ha cumplido con su cometido, también ha conducido a un replanteamiento sobre la naturaleza y función del recurso de amparo en nuestro sistema. Especialmente la doctrina se ha planteado si el TC continúa siendo un órgano de garantía de los derechos fundamentales basado en intereses legítimos individuales, destinado a restablecer o preservar los derechos fundamentales (art. 161.1.b y 162.1.b CE).

En este sentido los interrogantes se hacen ya expresos en los primeros autos de inadmisión (Autos 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre) en los que el requisito de la especial trascendencia constitucional se identifica con «algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental». Al mismo tiempo se encumbra como un requisito de orden sustantivo e insubsanable cuya carencia da lugar a la inadmisión *a limine* del recurso (Matia Portilla, 2009, 343). La carga de probar la trascendencia de la demanda se deja en manos del demandante de quien se exige un «razonable esfuerzo argumental» que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con su especial trascendencia (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3). Además, aun cuando se argumente la trascendencia en la demanda, el TC puede considerarlo insuficiente o carente de trascendencia real, pues el requisito no se agota con su simple enunciado. No en vano, el 69,71 % de recursos de amparo desestimados en 2018 lo fueron porque el TC consideró que, pese a justificarse en la demanda, no tenían especial trascendencia o que su justificación era insuficiente. A ello hay que sumar un 12,38 % de demandas inadmitidas porque ni siquiera lo justifican. Por tanto, la vulneración del derecho es un elemento distinto y autónomo de la especial trascendencia de la demanda (sólo un 3% de demandas son inadmitidas porque no se denuncia o no se aprecie por el Tribunal derecho vulnerado).

Los votos particulares de los primeros autos dan prueba del debate interno del Tribunal en torno a esta cuestión. Como señala Beilfus, lo que originó tales diferencias «fueron sobre todo las discrepancias entre los propios magistrados sobre el papel que debía otorgar a la lesión aducida, que para algunos no

¹⁹ Datos obtenidos de una comparativa de las Memorias anuales del tribunal. <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>

podía dejar de atenderse por una insuficiente justificación de su especial trascendencia constitucional» (González Beilfus, 2016, 351).

Ha habido dos momentos clave en la aplicación de la reforma. El primero lo constituye la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, en la que se desarrollaron los criterios para valorar la especial trascendencia constitucional de las demandas (FJ2). Las cuestiones planteadas, según las indicaciones del propio TC, adquieren trascendencia ante la carencia o cambio de doctrina del Tribunal constitucional; surgimiento de nuevas realidades sociales, cambios normativos o jurisprudencia internacional al respecto; vulneración legal del derecho; incumplimiento general, negativa de acatamiento o interpretación lesiva por la justicia ordinaria de la doctrina del TC; o la repercusión social, política o económica del asunto.

No aparece, ni en el texto de la reforma ni en las indicaciones de la jurisprudencia la gravedad o notoriedad de la lesión aducida como motivo de admisión, como sí sucede en otros sistemas de protección donde se han emprendido reformas similares, como Alemania. La gravedad de una determinada violación no la hace automáticamente trascendente. En otros términos, no siempre comporta una especial trascendencia constitucional la vulneración probada de derechos (STC 146/2016, FJ 3) por muy grave que sea.

El segundo hito de la reforma lo constituye la Sentencia del TEDH *Rodríguez Antón* de 2015 en la que se «exige [...] que el Tribunal Constitucional [...] explicite su [doctrina] en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia» (apartado 46). Desde entonces el TC se ha limitado, en la mayoría de los casos, a indicar exclusivamente cuál de las causas de la STC 155/2009 convierte el asunto en trascendente, sin mayor abundamiento. Además, el TC se ha negado a «definir en negativo el contenido y alcance de este requisito a los efectos de un disciplinamiento de la conducta futura de los demandantes de amparo» (STC 172/2016, de 17 de octubre, FJ 2). Sólo en situaciones excepcionales ha decidido adoptar decisiones de inadmisión en forma de auto para poder exponer las razones que justifican dicha posición. La regla general es que inadmita mediante providencia en la que se limita a «especificar el requisito incumplido» (art. 50.3 LOTC) lo que *a contrario* ha sido interpretado como «la ausencia de exigencia de motivación de las decisiones de inadmisión» (ATC 53/2017, de 19 de abril de 2017, FJ1).

La doctrina ha considerado, en un principio, que la vulneración del derecho ha seguido siendo esencial para el TC a la hora de admitir o no las demandas. La práctica «ha estado muy influida por la verosimilitud de la lesión aducida, que, como se ha visto, ha condicionado la aplicación de la doctrina sobre

la carga de justificar dicha trascendencia, así como sobre su contenido material» (González Beilfus, 2016, 352; Carrillo, 2018, 650). Sin embargo, más recientemente hay quien considera que desde la intervención del TEDH el TC «ha pasado a examinar ante todo, la especial trascendencia constitucional, y si no concurre este requisito, no pasa a analizar si existe vulneración de derecho fundamental» (cfr. Tenorio Sánchez, 2018, 719). Es cierto, es perfectamente posible que una demanda contenga una violación notoria y grave de derechos fundamentales por los poderes públicos, pero sin que el TC aprecie necesidad de cambio doctrinal, incumplimiento manifiesto y reiterado por los tribunales, inconstitucionalidad de la ley, o repercusión social, política o económica (algo que concreta en los recursos de amparo parlamentarios), la demanda no será admitida.

En mi opinión, al no entrar a valorar la lesión aducida, independientemente del «esfuerzo argumental» de vincularla a los requisitos establecidos en 2009 se quiebra la lógica procesal de la propia doctrina del TC sobre la tutela judicial efectiva, pues «en la lógica del sistema procesal constitucional [...] las alegaciones relativas al fondo y las alegaciones relativas a la forma no siempre son absolutamente autónomas» (FJ2. ATC 13 de septiembre de 2017).

En efecto, como sabemos la doctrina del TC en este sentido si bien ha considerado tradicionalmente que el derecho a la tutela judicial efectiva «puede satisfacerse igualmente con una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia», por el contrario, ha subrayado igualmente que el razonamiento «también comprende el análisis de si resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos, debiendo ponderarse en ese juicio de proporcionalidad, de una parte, los fines que ha de preservar la resolución cuestionada, y, de otra, los intereses que con ella se sacrifican» (STC 148/2016, de 19 de septiembre de 2016, FJ3; STC 49/2016, de 14 de marzo, FJ 3). Pero esta ponderación entre los fines del amparo y los intereses en juego en el caso concreto no existen en las providencias de inadmisión, tampoco se ha observado hasta la fecha en los autos de inadmisión, y en las sentencias se limita a señalar qué causa de las de la STC 2009 se consideran para su admisión. Como se ha dicho, no se pondera tampoco en negativo.

Teniendo en cuenta que el amparo es un recurso extraordinario y subsidiario, la naturaleza de los intereses en juego que pretenden protegerse debería exigir un especial cuidado en la ponderación de éstos. Y ello inevitablemente debería entrañar tener particularmente en cuenta la intensidad de la vulnera-

ción del derecho, so pena de desnaturalizar por completo no ya la naturaleza del recurso, sino la propia lógica del sistema de garantías constitucionales.

El TC aplica una lógica propia de los recursos ordinarios. Como el propio tribunal ha señalado, es cierto que el «derecho a acceder a los recursos», contrariamente al «derecho a acceder a la jurisdicción», no nace de la Constitución sino que se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex art. 24.1 CE correspondiendo al ámbito de libertad del legislador procesal la regulación de los recursos procedentes en cada caso, o que éstos no existan, salvo en materia penal. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase de acceso a la jurisdicción, que al utilizar los recursos procesales (STC 166/2016, de 6 de octubre de 2016. FJ 8). Pero el recurso de amparo, contrariamente a los recursos ordinarios, sí nace directamente de la norma fundamental. Sin reforma de la Constitución la tutela subjetiva sigue siendo consustancial al recurso de amparo (Fernández Farres, 2007, 11). Por ello se debería exigir un esfuerzo argumental superior al TC, al menos, en razón de la posible vulneración del derecho o de la ponderación de intereses.

Como ha señalado Carrillo la jurisdicción constitucional en un sistema de control concentrado debe disponer de «la posibilidad de hacer valer su condición de supremo intérprete de la Constitución a través del recurso de amparo, en los supuestos que ella misma seleccione» pero cuando la relevancia del caso así lo exija, «no ha de excluir la tutela subjetiva» (Carrillo, 2018, 650). Que la tutela subjetiva sea el elemento detonante de la selección del caso, o sea un efecto subsidiario depende, en mi opinión, de la voluntad particular y la enorme discrecionalidad que la reforma permite al TC (Aragón Reyes, 2009, 19).

Esta discrecionalidad sin mayor exigencia de argumentación o ponderación en la inadmisión por parte del TC termina por ser una contradicción. El Alto Tribunal inadmite demandas de amparo al considerar que «no basta para entender cumplida esa exigencia afirmar que el recurso posee especial trascendencia constitucional mediante la mera cita de alguno de los supuestos enunciados en la STC 155/2009, FJ 2, desprovista de los imprescindibles razonamientos específicos dirigidos a justificar de qué modo concurren esos concretos supuestos de especial trascendencia constitucional invocados en la demanda». En cambio, según parece, sí basta para admitir o inadmitir la demanda por parte del TC la mera mención a estos supuestos sin la obligación de una mayor argumentación «pedagógica» (véase la STC 146/2016, FJ 3).

El TC no predica con el ejemplo. Véase un ejemplo de hasta dónde llega la omnipotencia del TC en la determinación de la admisión del recurso. Como sabemos, una vez inadmitida mediante providencia la demanda por carencia

de trascendencia sólo el Ministerio Fiscal se encuentra legitimado para solicitar la revisión de la inadmisión a trámite del recurso de amparo, para recurrir la providencia de inadmisión ante el propio TC. En el ATC 8/2017, de 18 de enero, se resolvió un recurso de súplica del Ministerio Fiscal, en el que consideraba éste que del fondo de la argumentación de la demanda se desprendería que el recurso sí debería considerarse objetivamente trascendental. El TC zanja el recurso de la siguiente forma: «corresponde a este Tribunal apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional». Nada más y nada menos. Ni tan siquiera un debate de fondo de la argumentación sobre la especial trascendencia de la demanda, abierta en súplica por el Ministerio fiscal, requiere de una definición en negativo de ésta.

La doctrina 2009 ha dado lugar a un conjunto de casos objetivos y tasados, y aquellos que dejan margen a la argumentación son una potestad discrecional del TC. Los motivos objetivables son aquellos comprobables mediante el análisis jurídico técnico. Entre ellos: un cambio doctrinal producido por una nueva normativa, la eventual vulneración normativa del derecho, o incluso los casos en los que la vulneración del derecho se produce por la actividad judicial, como la vulneración por la negativa al acatamiento de la doctrina del TC, la reiterada interpretación jurisprudencial de la ley de modo incorrecto, el incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional. La existencia de resoluciones judiciales contradictorias, si bien deja un margen discrecional cuantitativo (cuántos incumplimientos son necesarios para que se considere trascendente) podría ser evaluable o argumentable también con un análisis técnico. Los demás casos pueden tener una mayor carga subjetiva: infinitamente más completo es objetivar las causas de admisión o inadmisión derivados de la repercusión social o económica o sus consecuencias políticas generales, la ausencia de doctrina constitucional, la necesidad de aclaración o cambio de doctrina consecuencia de un proceso de reflexión interna. Estos últimos ámbitos en los que cabe cierto margen de argumentación constituyen, para el TC, una potestad discrecional de admisión del tribunal. De hecho en 2018, sólo 7 de las demandas de amparo admitidas esgrimían como motivo de trascendencia la repercusión social, política o económica del asunto.

De ello se desprende en mi opinión una conclusión nada desdeñable. El TC es el máximo intérprete de la Constitución, no cabe duda, ahora reforzada su posición institucional con algunos elementos de la reforma (Art. 4 de la LO 6/2007). Y en esta función el TC ha definido su naturaleza como órgano político-constitucional adquiriendo un relevante rol político en detrimento del jurisdiccional.

La libertad de la que dispone el legislador para configurar la justicia constitucional en nuestro país ha desembocado en un cambio en la naturaleza del TC o, al menos, en una concesión de mayor relevancia en el ámbito de decisión política en detrimento del estrictamente jurisdiccional. La coyuntura del Estado constitucional y las crisis políticas han conducido a un reforzamiento del poder ejecutivo de dirección política, en detrimento de los parlamentarismos. E igualmente la fragmentación del escenario parlamentario ha terminado de transformar los mecanismos de gobernabilidad. Y, en mi opinión, parece que el legislador ha querido que sea ahí donde cumpla su función el TC, hacia formas destinadas a resolver crisis de poder o gobernabilidad en detrimento de su función jurisdiccional.

3. DE LA NATURALEZA JURISDICCIONAL A LA NATURALEZA POLÍTICA DEL TC A TRAVÉS DE SUS REFORMAS

No en vano, en el siglo XVIII ya advertía Hamilton en *El Federalista* de las perplejidades del control de constitucionalidad de la ley por parte de los tribunales:

«La independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes ex post facto y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta. El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados

No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido

Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión 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 con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.

Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes creará inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado»²⁰.

Hamilton señala en este texto las dos cuestiones, a mi entender, esenciales en la comprensión de la aplicación de la reforma. Por un lado, las relaciones entre la jurisdicción constitucional y los demás poderes, su superioridad «política» que, de existir, se justificaría en la naturaleza constituida de los poderes del Estado y la originalidad de la norma suprema. En segundo lugar, la necesidad de fiscalizar el poder de quien en última instancia controla la actuación del resto de poderes, en este caso, en garantía de los derechos.

Un somero análisis de las reformas de la LOTC desde su creación puede conducirnos a plantear cierto esquema de la lógica seguida por el legislador orgánico en la configuración de la justicia constitucional. Y este análisis, al parecer, continúa situando a la justicia constitucional en el mismo escenario: la concreción de su superioridad frente al resto de órganos constitucionales y los problemas de su politización.

Como se verá, el análisis parte de una clara delimitación entre los ámbitos jurisdiccional y de discrecionalidad política, pero las sucesivas crisis de gobernabilidad han terminado por atribuir al TC un papel dentro del Estado constitucional que nos remite a las mismas dudas de los orígenes de la justicia constitucional.

3.1 La reforma de 1984

La reforma de 1984 (LO 8/1984, de 26 de diciembre) tuvo por finalidad regular el régimen de recursos de objeción de conciencia y su régimen penal²¹.

²⁰ *El Federalista* discute este tema en su párrafo 78. A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY <https://constitucion.webcindario.com/documentos/elfederalista.pdf> > <https://constitucion.webcindario.com/documentos/elfederalista.pdf>

²¹ L. O. 8/1984, 26 diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del

La reforma derogó el art. 45 de la LOTC de 1979 que planteaba una especialidad sobre el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30 CE. El derecho a la objeción podía recurrirse en amparo, no una vez que se hubieran agotado las vías judiciales precedentes o todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, sino por el carácter ejecutivo de la resolución que imponía la obligación de prestar el servicio militar (al concluir la vía administrativa)²². La reforma es el resultado de la STC 15/1982 de 23 de abril, en la que dada la interpretación conjunta de los arts. 30.2 y 53.2, define la objeción de conciencia como un derecho constitucionalmente reconocido al que el segundo de los artículos citados otorga la protección del recurso de amparo, lo que lo equipara, a los solos efectos de dicho recurso, en su tratamiento jurídico constitucional con ese núcleo especialmente protegido que son los derechos fundamentales y libertades públicas, y es la Constitución, pues, la que reconoce el derecho de manera implícita y explícita, no significando otra cosa la expresión «la Ley regulará» del art. 30.2 que la necesidad de la *interpositio legislatoris*, no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia. Pues, no en vano, «la consagración constitucional de un derecho no es bastante para crear por sí misma recursos inexistentes²³».

De ahí, añade la citada Sentencia, que «la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la Constitución, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud» (FJ 7).

La legislación de desarrollo del precepto dio lugar entonces a un importante número de quejas ante el Defensor del Pueblo contra esta reforma y la ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, por no tener la categoría de Ley Orgánica.

La respuesta del TC es de sobra conocida: «los derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 81.1 de la Norma suprema son los comprendidos en la Sección 1.^a, Capítulo Segundo, Título I, de su Texto, exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo

Tribunal Constitucional («B. O. E.» 28 diciembre).

²² Art. 45.1 y 2. El recurso de amparo constitucional contra las violaciones del derecho a la objeción de conciencia sólo podrá interponerse una vez que sea ejecutiva la resolución que impone la obligación de prestar el servicio militar. El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída.

²³ Sentencia 42/1982, de 5 de julio. FJ 3.

directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985, de 26 de mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en “constituyente permanente” con la proliferación de Leyes Orgánicas²⁴».

Lo que me interesa destacar de esta afirmación es que, al margen del contenido concreto de la reforma, las implicaciones de las mismas y de la jurisprudencia del TC conceden una mayor discrecionalidad al legislador, a los poderes del Estado, frente a la normatividad constitucional. Ampliándose el margen dejado a éste para delimitar los derechos y sus formas de garantía. Se concede mayor espacio a la discrecionalidad política frente a lo que supondría conceder eficacia absoluta a un derecho constitucional, resituando el rol del legislador y favoreciendo la gobernabilidad.

De esta afirmación, como de la derivada de la segunda reforma que exponaremos a continuación, deriva una comprensión del TC de naturaleza jurisdiccional, distinguiéndose del ámbito de decisión política.

3.2 La reforma de 1985

La LO 4/1985, de 7 junio, por la que se deroga el Capítulo II del Título VI de la LOTC tuvo mayores connotaciones para lo que pretendemos plantear en este escrito. Con la nueva reforma, una vez aprobados gran parte de los Estatutos de autonomía, se suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad de leyes orgánicas y Estatutos autonómicos.

Su supresión entrañó, como es obvio, la continuación del debate sobre la resistencia de los parámetros constitucionales frente a la actividad legislativa. Pero particularmente el debate sobre el valor de la LOTC y su disponibilidad por el legislador orgánico. Como señalan los recurrentes de la STC 66/1985, de 23 de mayo (segundo antecedente) «[I]a aprobación por el Poder Legislativo de la proposición de Ley impugnada ha supuesto una violación del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, recogido en el art. 9.3 de la Constitución, al concluir en una supresión del recurso previo de inconstitucionalidad que contraría el llamado bloque de constitucionalidad²⁵. De este modo, una mayoría política ocasional ha venido a contrariar lo dispuesto en el art. 1 de la [LOTC], quebrantando el acuerdo constitucional y

²⁴ STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 2. Con referencias a las SSTC 76/1983, de 5 de agosto y 6/1982, de 22 de febrero.

²⁵ Debe señalarse que para los recurrentes la LOTC debía ostentar un «mayor valor» que el resto de leyes orgánicas dada su interposición entre la Constitución y las normas con rango de ley. Segundo antecedente de la STC.

propiciando una reforma encubierta de la Constitución, que habrá de privar a las minorías de sus garantías. Al mismo tiempo, esta misma decisión legislativa deja sin salvaguarda a todos los ciudadanos contra actos inconstitucionales irreparables, con lo que se viene, igualmente, a vulnerar la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución)²⁶».

La propia LO de reforma en su exposición de motivos argumentaba la necesidad «de impedir el obstruccionismo legislativo practicado por la minoría parlamentaria [...], lo que no permite la plena conformación de la voluntad del Órgano Parlamentario».

El TC negará que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el art. 9.3 CE tenga aplicación a situaciones en las que no hay una vulneración concreta de la Constitución, ni cuando el fin perseguido por la Ley es «constitucionalmente inadecuado, o cuando hay una desproporción entre el fin que se persigue y los medios establecidos para alcanzarlo»²⁷. Marcando una inicial diferencia entre la oportunidad política y la constitucionalidad jurídica.

El recurso previo no es una «institución [...] destinada a asegurar la protección judicial de los ciudadanos que se sientan efectivamente lesionados en sus derechos fundamentales, sino a resolver en esta jurisdicción las diferencias existentes entre órganos constitucionales (o partes de ellos)²⁸». Por ello, el TC terminará de desmarcarse, e igualmente la normatividad constitucional, de ámbitos de decisión estrictamente política pues: «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas [...], obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución²⁹».

²⁶ Segundo antecedente de la citada STC.

²⁷ STC 66/1985, de 23 de mayo. FJ 1.

²⁸ *Ibidem*. FJ 2.

²⁹ STC 66/1985, de 23 de mayo. FJ 3.

El TC, en el análisis de las reformas de la LOTC, constata hasta entonces un amplio margen al poder legislativo y una rígida separación entre las funciones de la «jurisdicción» constitucional y la gobernabilidad o discrecionalidad política.

3.3 Las reformas de 1988 y 1999

Ya se ha expuesto en la segunda parte de este texto el sentido y alcance de la L. O. 6/1988, de 9 junio, por la que se modifican los artículos 50 y 86 de la LOTC. La introducción de la apreciación de la «carencia de contenido constitucional» como motivo de inadmisión *a limine* del recurso de amparo.

Por ello, el sentido de esta reforma se justifica del mismo modo que el resto de este capítulo de libro.

De mayor enjundia para lo que tratamos de exponer en este análisis es la reforma producida por la L. O. 7/1999, de 21 abril. Su sentido fue la introducción de la competencia del TC para resolver conflictos en materia de autonomía local impugnados por los entes locales frente a aquellas leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que pudieran no resultar respetuosas de dicha autonomía.

Queremos ver en este sentido el comienzo de una nueva deriva de las reformas del TC hacia el ámbito «estrictamente» de oportunidad política, que podría traducirse, según pretendemos apuntar, en un rol de garante de la gobernabilidad del Alto Tribunal.

En este sentido, el nuevo procedimiento abre una vía para la defensa específica de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional que le permitirá desarrollar la interpretación de la garantía constitucional de tal autonomía en el marco de la distribución territorial del poder. Pero de una finalidad plausible, podríamos poner en duda dos aspectos.

En primer lugar, si bien es cierto que la lógica de economía procesal hace imperativo que la legitimación de los entes para iniciar un conflicto constitucional en defensa de la autonomía local sea verdaderamente representativa y que no se refiere a los propios de los Entes locales aisladamente considerados (se exige, como sabemos, un mínimo de afectados en proporción al total de municipios y de su población), también lo es que la «suficiencia de representatividad» se puede leer en otros términos (¿la enjundia del asunto para la gobernabilidad ordinaria?) distintos de un mero control de constitucionalidad. La inconstitucionalidad de una ley parece serlo afecte a un solo municipio o a un número más elevado³⁰.

³⁰ Un ejemplo lo encontramos en la aceptación del conflicto planteado por la Ciudad autónoma de Ceuta en la STC 240/2006, 20 de abril.

Y no puede pasarse por alto que cabía también la posibilidad de que las entidades locales alegasen la inconstitucionalidad de normas con rango de ley que menoscabaran su autonomía constitucionalmente garantizada ante la jurisdicción ordinaria; aunque ello, como declaró el propio TC, no se hubiese acompañado inicialmente con la atribución «de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de Ley³¹». Es decir, existían ya mejores o peores mecanismos de garantía constitucional de la autonomía local, si bien se hacía depender de eventuales cuestiones de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, llama la atención el art. 75 quíntos 6 de la LOTC en la que señala que la aceptación de la vulneración de la autonomía local exigirá el planteamiento de una auto cuestión de inconstitucionalidad y una segunda sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley autonómica o estatal, lo que supone una doble intervención del TC³². Pero por otro lado, la argumentación sobre el respeto o no de la autonomía local por el legislador es extraordinariamente amplia, pues la Constitución poco aporta sobre el contenido del autogobierno local. Como se señala en la STC 240/2006, de 20 de julio: «el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a Leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese “contenido mínimo” que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de “los elementos esenciales” o del “núcleo primario” del autogobierno de los entes locales territoriales³³».

3.4 La reforma de 2000

Tras las dudas que suscita la reforma de 1999, el legislador orgánico parece volver a la senda de la configuración del TC como auténtica jurisdicción constitucional, exonerándole del ámbito propio de la oportunidad política con la LO 1/2000, 7 enero. La reforma tiene lugar en el ámbito de los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades autónomas. Con ella se amplía el plazo para que las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y

³¹ SSTC 31/1981, de 28 julio, FJ 5; 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 1.

³² «La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes».

³³ FJ 6.

cada una de las Comunidades Autónomas³⁴, reúnan a representantes de ambas Administraciones en orden a intercambiar información y poder llegar a acuerdos que solucionen conflictos competenciales y que devengan en una pacífica aplicación de la normativa propia de cada Administración, dentro de un marco de lealtad institucional. Como señala la Exposición de motivos, la reforma permite que los acuerdos adoptados en dichas Comisiones Bilaterales, en orden a evitar la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, se comuniquen al Tribunal Constitucional, con el fin de ampliar el plazo del recurso de inconstitucionalidad, a efectos de que se abra un período mayor, de manera que pueda producirse un acuerdo, que evite el posible recurso.

Con esta medida se amplían e intensifican los lazos de colaboración y entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el intento de «buscar entre todos, dentro del respectivo e indispensable marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad³⁵». Por tanto, de lo que se trata es de ampliar el plazo de tres meses, previsto en el artículo 33 de la LOTC para interponer el recurso de inconstitucionalidad, cuando exista un previo acuerdo entre las dos Administraciones que permita solucionar los problemas de constitucionalidad que presenta una norma con rango de ley, ampliando este plazo en otros seis meses, tiempo que se estima como necesario para llevar a efecto un acuerdo.

Debe leerse esta reforma dentro de una especie de «ley del péndulo» en la configuración legislativa del TC. Iniciando en una comprensión del Tribunal como órgano supremo de la jurisdicción constitucional, se oscila entre su configuración jurisdiccional, como auténtico tribunal, y su configuración político constitucional o árbitro de la gobernabilidad, como se observa con reformas como la de 1999. En esta ocasión, se puede entender que se repliega de nuevo al tribunal desde el ámbito propio de la política y los acuerdos hacia su carácter originario de tribunal de conflictos jurídicos.

3.5 La reforma de 2007

No nos detendremos de nuevo en las implicaciones de objetivación de la LO 6/2007, de 24 de mayo, sólo recordemos que lo que tratamos de exponer está directamente relacionado con la objetivación del recurso de amparo y los

³⁴ A las que se refiere el artículo 5.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³⁵ STC 13/1992, FJ 7, entre otras.

inmensos poderes de discrecionalidad que atribuye al TC para determinar qué vulneraciones de derechos entrañan o no una especial trascendencia constitucional por sus derivaciones políticas, económicas o sociales.

No obstante, merece la pena destacar, que la reforma de 2007 fue la primera LO de reforma de la LOTC que no suscitó consenso suficiente, si bien es verdad que no en base a la objetivación del recurso de amparo, sino en relación a la propuesta autonómica de los magistrados del TC designados por el Senado. Esto se demuestra en el hecho de que por primera vez se interpuso recurso de constitucionalidad contra la ley orgánica de reforma. Como señala el TC en la STC 49/2008, de 9 de abril, «al dirigirse contra unos preceptos que reforman la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el presente recurso nos sitúa ante la tesitura de controlar la única Ley a la que, como señala el art. 1.1 LOTC, estamos íntegramente sometidos. Ni la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, ni sus sucesivas reformas (Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; y 1/2000, de 7 de enero) han sido impugnadas a través de ningún proceso de control de constitucionalidad, aunque en el segundo caso el proyecto de reforma sí fue recurrido preventivamente por la vía del extinto art. 79 LOTC, dando lugar a la STC 66/1985, de 23 de mayo. Pero al no haberse impugnado directamente ninguna de dichas Leyes Orgánicas ni ninguna de las normas del mismo rango que, en virtud de lo dispuesto en el art. 161.1 d) CE, afectan a las competencias del Tribunal, debemos plantearnos preliminarmente si resulta posible y, en su caso, con qué alcance, controlar la constitucionalidad de la Ley Orgánica que regula al Tribunal Constitucional»³⁶.

3.6 La reforma de 2010

En el año 2010 se produjeron dos reformas. Nos detendremos particularmente en la segunda de ellas.

En primer lugar, la reforma emprendida por la LO1/2010, de 19 de febrero, amplió la competencia del TC para conocer de recursos contra las normas forales reguladoras de los distintos impuestos en el País Vasco, cuyo rango específico impedía su conocimiento por el Tribunal contrastando abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por lo tanto, remediando el «déficit de protección de la foralidad que resulta de la falta de legitimación de las instituciones forales para acudir al Tribunal Constitucional

³⁶ Ver FJ 1.

en los supuestos en que el legislador, estatal o autonómico, invada» el espacio que la CE y el Estatuto vasco les reserva³⁷.

De mayor calado, para nuestra exposición, es la LO 8/2010, de 4 de noviembre, que reforma tanto la LOREG como la LOTC. La importancia no es tanto por su contenido material, sino por el contexto histórico político en el que se produce. Con la reforma se trata de dar respuesta a un particular problema de configuración del TC. Dado que, como decimos, puede observarse una progresiva politización de las competencias del TC y de su poder discrecional, el nombramiento y elección de magistrados se encuentra inserto en una particular lucha por su «control».

En este sentido resulta particularmente intensa la situación política surgida tras la reforma de los estatutos de autonomía de segunda generación que, como sabemos, puede ser considerada el epicentro del conflicto provocado por el independentismo catalán. No en vano, la STC 31/2010, de 28 de junio, suscitó los primeros pronunciamientos políticos de deslegitimación del Tribunal. Debe recordarse que en su redacción la renovación del TC llevaba años bloqueada como mecanismo de «control» y presión sobre la sentencia. De los 12 componentes del Alto Tribunal el magistrado Pablo Pérez Tremps fue recusado, cuatro magistrados – la presidenta del TC, María Emilia Casas, el vicepresidente, Guillermo Jiménez, y los magistrados Vicente Conde y Jorge Rodríguez-Zapata – había caducado su mandato desde 2007 pues no se alcanzó el acuerdo en el Senado para la renovación del Tribunal, a lo que se suma la vacante de dos años, dejada por el fallecimiento de Roberto García Calvo, cuya renovación correspondía al Congreso.

Una situación insólita que da muestras de la complejidad y, sobre todo, de la relevancia política de la Sentencia.

Ante esta coyuntura la reforma procedió a establecer que «las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del periodo para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación» (art. 16.5 LOTC).

La reforma, si no suscitó recurso alguno, se debió a que ya había una postura clara del TC en la materia, en virtud de la STC 49/2008, de 9 de abril, en relación a las reformas producidas en virtud de la LO 6/2007 en relación a la propuesta por las asambleas legislativas de las CCAA de los magistrados

³⁷ Ver preámbulo de la LO de reforma.

designados por el cupo del Senado. En esta ocasión, indirectamente, el TC declarará la constitucionalidad tanto de la prórroga de los mandatos del Presidente y del Vicepresidente como de la fijación de que la elección de ambos cargos deba hacerse inmediatamente después de producida cada renovación por tercios de los Magistrados.

3.7 Las reformas de 2015

La repercusión de la Sentencia sobre el Estatuto de Cataluña desencadenó la reforma definitiva de la naturaleza del TC como, en mi opinión, órgano de garantía de la *governabilidad*. Así la LO 12/2015, de 22 de septiembre, reintrodujo el recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de LO de Estatutos de Autonomía o de su modificación. Una reforma que ya había sido planteada por el parecer del Consejo de Estado, en su informe sobre las reformas de la Constitución española emitido en 2006: «este control a posteriori tal vez no resulte el más adecuado para fuentes normativas que, como los Estatutos, subordinados a la Constitución, ocupan bajo ella el más elevado lugar en la jerarquía ordinamental. Para librarlos de la sospecha de inconstitucionalidad y, a fortiori, de la acusación explícita de incurrir en ella, podría considerarse la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad». Y como la Exposición de motivos de la LO afirma se realiza «para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado».

Sin duda alguna, la segunda reforma llevada a cabo en el año 2015 ha sido igualmente impulsada por la hecatombe derivada de la Sentencia del Estatuto de Cataluña. Se trata de la LO. 15/2015, de 16 de octubre, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho y que dio lugar a dos pronunciamientos del TC: STC 185/2016, de 3 de noviembre, y la STC 215/2016, de 15 de diciembre.

Como resumen de la reflexión generada en torno a ambas reformas valgan las alegaciones del Abogado del Estado en la segunda sentencia indicada: «[e]n este sentido, afirma que el Tribunal es un órgano de carácter jurisdiccional, el único en su orden, no un órgano político. Otra cosa es que sus decisiones tengan consecuencias políticas, pero tales consecuencias no son exclusivas de las decisiones del Tribunal Constitucional. Esto es precisamente lo que confunde el recurrente, esas consecuencias políticas de las resoluciones judiciales con los conflictos puramente políticos no sujetos a control por parámetros de constitucionalidad siempre que los actores actúen por los cauces procedimentales ade-

cuados. Cuestión distinta es que el conflicto político exceda de ese ámbito e incida en la regulación constitucional por vulneración de la misma, ya que en este momento se transforma en un conflicto jurídico con consecuencias políticas, ámbito éste de los órganos jurisdiccionales y, en concreto, de este Tribunal como supremo intérprete de la Constitución y garante de su efectividad³⁸».

La respuesta del TC hubo de argumentar que los instrumentos de sanción por el incumplimiento de sus decisiones, de las que ahora se dotaba a través de la reforma de la LOTC, no desnaturalizaban ni un ápice su naturaleza jurisdiccional: «[e]l Tribunal Constitucional ha sido configurado en el texto constitucional como un verdadero órgano jurisdiccional que tiene conferido en exclusiva el ejercicio de la jurisdicción constitucional, de modo que, en cuanto cualidad inherente a la función de administrar justicia, también de la justicia constitucional, ha de postularse del Tribunal la titularidad de una de las potestades en que el ejercicio de la jurisdicción consiste, cual es la de la ejecución de sus resoluciones, pues quien juzga ha de tener la potestad de obligar al cumplimiento de sus decisiones³⁹». (art. 1.1 LOTC) (FJ 9).

4. CONCLUSIONES

Se ha pretendido en este texto incitar a una reflexión o, si se quiere, más bien provocarla. Por supuesto no hay un motivo en el legislador orgánico distinto del de la mejora del TC y, me consta, que en la mayoría de las reformas se ha movido por la expresa petición del Tribunal constitucional y con su venia.

Pero ello no impide observar que, en conjunto, las reformas del TC lo desplazan a lo largo de la delgada línea que diferencia su naturaleza política de su función jurisdiccional. Como señaló Zagrebelsky el TC tiene un «rostro jánico» que lo sitúa, al igual que la norma constitucional, entre el mundo de la política y el mundo jurídico (Cfr. Zagrebelsky, 2014, 10). El análisis de las reformas de la LOTC puede realizarse desde una premisa que trate de abundar en este aspecto. Si el TC se dota de funciones y de una configuración que refuerce su actuación jurisdiccional o si, por el contrario, se amplía el campo de la discrecionalidad y su participación en conflictos enmarcados en la discrecionalidad dejada a la política y el gobierno, la disposición de la Justicia constitucional se transforma y, por ende, la configuración del propio Estado también lo hace.

³⁸ STC 215/2016, de 15 de diciembre. Antecedente 8.

³⁹ STC 215/2016, de 15 de diciembre. FJ 6 b).

Es inevitable que la actuación jurisdiccional del Tribunal tenga connotaciones o consecuencias políticas. Es inevitable en el marco de una Constitución normativa repleta de disposiciones de contenido axiológico, principios, derechos... Pero lo que sí es evitable es utilizar la discrecionalidad dejada al legislador orgánico en la configuración de la LOTC en momentos de urgencia, en el devenir de las crisis de gobierno.

Debemos plantearnos si el futuro de la justicia constitucional se encuentra en el arbitraje en medio de las crisis del sistema, de los desgobiernos, en la decisión trascendental que debe ser tomada para recuperar el cauce de lo jurídico en momentos de excepcionalidad. Hasta ahora la respuesta era clara y tanto el ámbito de lo político como de lo jurisdiccional requerían de argumentaciones densas para mantenerse en su sitio o justificar sus deslices.

En medio del cambio se presenta la definitiva reforma del recurso de amparo, dejando atrás aquel tiempo de la función pedagógica de las sentencias del TC como guía jurisdiccional en la garantía de los derechos. Un síntoma de la madurez de nuestro sistema. Pero la reforma aparece en un momento en el que cada vez más se exige del TC la resolución del conflicto político y de las crisis de gobernabilidad.

Puede entonces decirse que se disuelve la última versión del Tribunal de tutela para dar paso al Tribunal de control (Aragón Reyes, 2009, 16). Lo que debe analizarse es hasta dónde llega esta función de control y, sobre todo, si no se ha transformado la jurisdicción constitucional en órgano subsidiario y extraordinario de solución del desgobierno.

El concepto indeterminado de especial trascendencia constitucional es el paso definitivo para cristalizar este escenario, y lo demuestra que encaje a la perfección en él todos y cada uno de los recursos (de todo tipo, no sólo de amparo) interpuestos en la crisis del *procés*, de la estructura territorial del Estado, y de los gobiernos en funciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN REYES, M. (2009), «La reforma de la ley orgánica del Tribunal constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, 11-43.
- CARRILLO, M. (2018), «El Tribunal Constitucional. Un balance de cuarenta años», *Revista de Derecho político*, n. 101, 633-660.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007), «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 8, 11-62.

- GONZÁLEZ BEILFUS, M. (2016), «La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 107, 352 y ss.
- MATIA PORTILLA, F. J. (2009), «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 343-368.
- PÉREZ TREMPES, P. (2018), «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo como categoría constitucional: entre “morir de éxito” o “vivir en el fracaso”», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 41, 253-270.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. J. (2018), «¿Qué fue del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional?», *Revista de Derecho político*, n. 101, 719 y ss.
- ZAGREBELSKY, G. (2014), *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Trotta, Madrid.

INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. EL CONTROVERTIDO CASO DEL IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

ISABEL PALADINI BRACHO
Universidad de Huelva

SUMARIO: 1. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el IIVTNU.
2. Interpretación de la STC 59/2017, en especial, la del Tribunal Supremo.
3. Efectos de la STC 59/2017. 4. Los problemas no resueltos por el Tribunal Constitucional. 5. La aplicación del IIVTNU tras la STC 59/2017.
6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL IIVTNU

El Tribunal Constitucional (TC), en la sentencia núm. 59/2017, de 11 de mayo, ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 107.1; 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo, LRHL), relativos al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (al que nos referiremos como IIVTNU) por conculcar el principio de capacidad económica (art. 31.1 de la Constitución Española, CE). Ahora

bien, en el fallo dictado se afirma que los preceptos «son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor» (STC 59/2017, Fallo).

Esta sentencia afecta a un impuesto local de larga tradición, que lleva casi cien años aplicándose en nuestro país. Fue creado en el año 1919 con la denominación Arbitrio sobre los Incrementos de Valor de los Terrenos. Posteriormente, en 1932 fue modificada la cuantificación del impuesto, «aplicando un sistema de índices, similar al actualmente vigente» (Martín Ruiz, 2016, p. 8). Así, reforma tras reforma, este impuesto local se ha aplicado hasta hoy.

No obstante, las dudas acerca de su constitucionalidad se pusieron de manifiesto ya en la propia tramitación parlamentaria de la Ley 39/1988, de 18 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Como explica Casana Merino (2017):

«La oportunidad de probar en contra de los valores oficiales desaparece con la LHL de 1988, que impide al obligado tributario demostrar que el incremento de valor no ha existido o ha sido distinto del que resulta de las normas legales, y se afianza como una ficción en 2002, cuando se suprime el término «incremento real» de la definición de la base imponible» (p. 151).

Desde entonces, la doctrina ha insistido en la necesidad de reformar el impuesto local.

Tras la crisis inmobiliaria, en España se han generalizado las transmisiones de terrenos que dan lugar a pérdidas y la polémica del IIVTNU se ha judicializado (Marín-Barnuevo, 2017). Los Tribunales Superiores de Justicia (TTSSJJ) mantienen una diversidad de criterio en cuanto a la interpretación y a los efectos de la STC 59/2017¹. Tratando de unificar las decisiones de los tribunales inferiores y, sobre todo, para cerrar el paso a la tesis maximalista, el Tribunal Supremo (TS) ha dictado varias sentencias que comentaremos en nuestro estudio.

Sorprende, en el caso del IIVTNU, la pasividad del legislador estatal que, desoyendo al TC, no afronta la reforma del tributo para adecuarlo a nuestro marco constitucional. Esta desatención de sus funciones constitucionales no solo vulnera el art. 31 CE, sino que afecta al desarrollo de la autonomía financiera de los entes locales, al principio de legalidad, al de seguridad jurídica, incluso, distorsiona el reparto de competencias entre los órganos del Estado. Así, Ruiz Almendral (2018) afirma que «lo que ha fallado, en suma, es el sis-

¹ PALADINI BRACHO (2018). En esta publicación expusimos con detalle las decisiones de los TTSSJJ que habían dictado sentencias posteriores a mayo de 2017.

tema mismo de protección constitucional que existe al servicio, por lo que a los tributos se refiere, del artículo 31 de la CE» (p. 137).

2. INTERPRETACIÓN DE LA STC 59/2017, EN ESPECIAL, LA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del TC que estudiamos estima la cuestión de constitucionalidad formulada, declarando la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las disposiciones afectadas, con matizaciones o salvedades pero sin limitar sus efectos, por ello ha sido considerada una «declaración de inconstitucionalidad ciertamente singular que admite varias interpretaciones» (Marín-Barnuevo, 2017, p. 28).

El fallo contiene la declaración expresa de inconstitucionalidad y nulidad de las normas afectadas con efectos *ex tunc*², por tanto, descartamos que se trate de una sentencia de mera inconstitucionalidad o de inconstitucionalidad sin nulidad.

Tampoco consideramos que sea una sentencia de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, dado que, aunque se ordena al legislador modificar la LRHL para conseguir no someter a gravamen las situaciones de inexistencia de incremento del valor del terreno, no se demora la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad de las normas del IIVTNU, ni se indica plazo alguno al legislador a partir del cual, si éste incumpliera dicho mandato, el TC resolvería lo que procediese para subsanar la insuficiencia³.

Hemos descartado, igualmente, que se trate de una sentencia interpretativa⁴, porque el propio TC en las sentencias núm. 26/2017⁵ y 37/2017⁶ ha rechazado expresamente salvar la constitucionalidad de las disposiciones con un

² STC 59/2017, FJ 5. En este sentido, los autos del TC núm. 85 a 88/2017, de 5 de junio y del Pleno con núm. 101/2017, de 4 de julio de 2017 coinciden en que «el precepto cuestionado en este proceso constitucional ha sido ya expulsado del ordenamiento jurídico, en los términos señalados, por la STC 59/2017» (FJ único del último auto citado).

³ STC 59/2017, FJ 5.

⁴ Entendiendo por sentencias interpretativas «aquellas sentencias desestimatorias en las que el TC salva la constitucionalidad de una norma impugnada, determinando entre sus posibles interpretaciones cuál es la única conforme con el texto de la Ley fundamental» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6) siguiendo a MORALES ARROYO, GÓMEZ CORONA (2017). Sin embargo, DÍAZ REVORIO (2001, p. 68) Define las sentencias interpretativas como «aquellas, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implícitamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución».

⁵ Los motivos del TC, en el FJ 6.

⁶ El TC rechazó esta petición por rebasar los límites del principio de conservación de la norma (FJ 4).

pronunciamiento desestimatorio e interpretativo, por rebasar los límites del principio de conservación de la norma⁷. En la propia STC 59/2017 se argumenta⁸ que:

«[A]l haberse establecido un método objetivo de cuantificación del incremento de valor, la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual inexistencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento (...) estamos en presencia de una auténtica ficción jurídica conforme a la cual la mera titularidad de un terreno de naturaleza urbana genera, en todo caso, en su titular, al momento de su transmisión y al margen de las circunstancias reales de cada supuesto, un incremento de valor sometido a tributación, respecto del cual, la norma no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene» (FJ 4).

El límite de la interpretación de conformidad sin declaración de inconstitucionalidad está, precisamente, en que la interpretación debe ser efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada. Sin embargo, el problema de constitucionalidad del IIVTNU está en la inclusión en el hecho imponible de las situaciones de inexistencia de riqueza y no puede ser soslayado mediante una interpretación de conformidad con la CE, ya que la dicción literal del precepto no permite esta lectura.

La inconstitucionalidad se produce en los supuestos de no incremento o de decremento en el valor de los terrenos. Así, el TC declara que éstos no pueden ser sometidos a gravamen porque son situaciones de hecho inexpressivas de capacidad económica. Por ello, el artículo regulador de la base imponible —en

⁷ La STC 59/2017 no es un pronunciamiento aislado, por ello, consideramos relevante tomar en consideración las sentencias anteriores relativas a los impuestos locales sobre el incremento del valor de los terrenos urbanos de los territorios forales vascos de Guipúzcoa y Álava, que fueron declarados inconstitucionales por los mismos motivos y haciendo las mismas matizaciones en el fallo. La primera de ellas es la sentencia núm. 26/2017, de 16 de febrero, que estima parcialmente la cuestión prejudicial de validez declarando inconstitucionales y nulos los arts. 4.1, 4.2.a) y 7.4, de la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del IIVTNU del Territorio Histórico de Guipúzcoa «pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor». Termina, desestimando la cuestión prejudicial de validez en todo lo demás. Entre las alegaciones desestimadas destacamos, en concreto, el rechazo del TC a la posibilidad de asumir la interpretación sanadora de la norma cuestionada que proponían las Juntas Generales y la Diputación Foral de Guipúzcoa, la Abogada del Estado y la Fiscal General del Estado.

La segunda es la sentencia núm. 37/2017, de 1 de marzo que, tras inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto de la LRHL, estima parcialmente la cuestión prejudicial de validez planteada en relación con los arts. 4.1, 4.2.a) y 7.4, de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del IIVTNU del territorio histórico de Álava y los declara «inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor». El pronunciamiento nuevamente es desestimatorio para las pretensiones de los representantes de los entes públicos relativas a un planteamiento alternativo a la inconstitucionalidad de la norma, mediante una sentencia interpretativa. En este sentido, PALAO (2017, p. 21); MARÍN-BARNUEVO (2017, 25 ss.); MENÉNDEZ (2017, 4); SOTO (2017); UTENDE (2017, p. 32); CREMADES, VÉLEZ (2017, p. 31).

⁸ En los mismos términos, STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 6.

la parte que establece la cuantificación objetiva del valor del terreno en caso de transmisiones [art. 170.1 y 2.a) LRHL]⁹– y de la gestión mediante autoliquidación (art. 110.4 LRHL) –que introduce las limitaciones a las facultades de comprobación de los Ayuntamientos– son inconstitucionales, exclusivamente, por no haber excluido la tributación de las situaciones inexpressivas de capacidad económica, cuando no exista incremento de valor.

Si atendemos a la redacción del fallo, el TC parece declarar la nulidad total de las disposiciones legales [arts. 107.1; 107.2.a) y 110.4 LRHL], sin embargo, el TC no identifica una parte del texto de la norma (palabra o inciso textual) que deba ser considerada inconstitucional. Es más, de los fundamentos jurídicos de la sentencia se deduce la intención del TC de conservar el tributo, indicando que «el IIVTNU no es inconstitucional, con carácter general, en su configuración actual. Únicamente vulnera la CE en aquellos casos en los que somete a tributación situaciones (...) que no presentan aumento de valor del terreno en el momento de la transmisión» (STC 59/2017, FJ 5).

La doctrina se ha ocupado del alcance de la nulidad declarada por el TC con diversas opiniones. Marín-Barnuevo (2017) considera posible pero improbable «una declaración de inconstitucionalidad condicionada a la existencia de incremento» (p. 30). En su opinión, la consecuencia es que «la norma seguiría vigente y aplicable con carácter general y solo sería inaplicable en los casos concretos en los que los contribuyentes hubieran acreditado (...) que en su caso concreto no existió incremento» (p. 30). E identifica el inconveniente de que «las normas tachadas de inconstitucionales y nulas seguirían formando parte del ordenamiento jurídico» (p. 30). Menéndez Moreno (2017) también ha manifestado sus dudas de que la interpretación de la sentencia sea que el TC ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 107.1 y 107.2.a) LRHL «en función de lo que resulte de su aplicación» (p.5).

En cambio, Ruiz Almendral (2018) considera que «el TC se limitó a declarar la inconstitucionalidad del impuesto en uno de sus efectos: el que supone el gravamen de ganancias ficticias, al impedir al contribuyente la prueba en contrario» (p. 114). También Casana Merino (2017) ha interpretado que «[e]l Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los preceptos que regulan la base imponible del IIVTNU en función de los efectos que produzca su aplicación» (p. 158). Y le asocia las consecuencias propias de la nulidad

⁹ No así cuando se trate de la constitución y transmisión de derechos reales de goce limitativos del dominio, ni la constitución o transmisión del derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o terreno, o del derecho de realizar la construcción bajo suelo sin implicar la existencia de un derecho real de superficie, ni expropiaciones forzosas, pues los apartados letras b) a d) del art. 107.2 LRHL quedaron fuera del objeto del proceso.

parcial. En su opinión, «[l]a inconstitucionalidad solo se produce cuando la aplicación del precepto que permite el cálculo de la base imponible conduce a someter a tributación terrenos que no presentan un aumento de valor en el momento de la transmisión» (p. 158).

Por último, García Frías (2017), en la línea de las recientes SSTs, indica que:

«La declaración de inconstitucionalidad no viene motivada por lo que regulan los preceptos, sino por lo que omiten o impiden, lo que en definitiva vendría a constituir una declaración de inconstitucionalidad parcial y por omisión respecto de los arts. 107.1 y 107.2.a) TRLRHL, mientras que el art. 110.4 TRLRHL resulta sin más inconstitucional. En este sentido, la inconstitucionalidad del art. 107 se produce porque no se ha previsto ninguna regla que permita discernir en qué supuestos no se realiza el hecho imponible cuando se produce un incremento de valor» (p. 6).

El TS ha interpretado¹⁰ la STC 59/2017, sentando jurisprudencia sobre la aplicación del IIVTNU y cerrando el paso a las tesis maximalistas de algunos TTSSJJ. En este sentido, el TS indica que la STC 59/2017 aunque es estimatoria, no deroga la LRHL, que permanece en vigor en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Así, solo ha sido expulsado del ordenamiento jurídico el art. 110.4 LRHL y subsisten, por el contrario, los art. 107.1 y 2.a) LRHL, aplicables solo para hacer tributar los incrementos de valor de los terrenos, cuando el contribuyente no acredita la inexistencia del mismo¹¹. Es decir, en función del resultado de la prueba.

EL TS diferencia dos situaciones¹²:

a) Si «[p]uede el obligado tributario demostrar que el terreno no ha experimentado un aumento de valor y, por ende, que no se ha producido el nacimiento de la obligación tributaria principal correspondiente al IIVTNU» (STS 1163/2018, FJ 2).

¹⁰ En sus sentencias núm. 1163/2018, de 9 de julio; núm. 1248/2018, de 17 de julio y núm. 1300/2018, de 18 de julio.

¹¹ STS núm. 1163/2018, de 9 de julio: Concluye el TS que en la STC 59/2017, «se declara la inconstitucionalidad *parcial* de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL; y, de otra parte, que el alcance de la declaración de inconstitucionalidad que se efectúa en relación con el artículo 110.4 del TRLHL es *total* (o, más exactamente, que se expulsa completa y definitivamente del ordenamiento jurídico la imposibilidad que hasta ese momento tenían los sujetos pasivos de acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración contenidas en los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL y, en consecuencia, de demostrar la improcedencia de liquidar y venir obligado al pago del IIVTNU en ciertos casos)» (FJ 4).

¹² STS 1163/2018 en el FJ 2.

b) Si el contribuyente no prueba que no hay incremento, «habrá de girarse la correspondiente liquidación cuantificándose la base imponible del impuesto de conformidad con lo previsto en los artículos 107.1 y 107. 2 a) del TRLHL (que, según hemos dicho, han quedado en vigor para los casos de existencia de incremento de valor)» (STS 1163/2018, FJ 2).

La carga de la prueba corresponde al contribuyente en virtud del art. 105.1 LGT, nos dice el TS. En cuanto a los medios de prueba, se admite cualquier medio de prueba válido en Derecho (art. 106.1 LGT). El TS aclara el valor probatorio de las escrituras públicas e indica la bondad de la prueba pericial para estas lides¹³. Ruiz Almendral (2018) destaca la importancia de estas precisiones del TS «pues una cosa es ofrecer un indicio de no plusvalía, y otra muy diferente que el contribuyente se vea obligado a aportar una prueba acabada y completa» (p. 126). Así se cierra el paso a los TTSSJJ que desestimaban las pretensiones de los contribuyentes que no acreditaran la inexistencia de incremento del valor del terreno mediante prueba pericial.

3. EFECTOS DE LA STC 59/2017

La declaración de inconstitucionalidad de la STC 59/2017, con las salvedades que hemos comentado anteriormente, tiene efectos *ex tunc*. Por tanto, tendrá efectos desde la aprobación de la norma, si bien, en la práctica, no se verán alteradas las situaciones que han adquirido firmeza en vía judicial, por la irretroactividad de las sentencias del TC (art. 40 LOTC). Tampoco aquellas liquidaciones o autoliquidaciones que por el transcurso del plazo establecido en el art. 66 LGT, hayan prescrito.

Son numerosos los autores que celebran que el TC no haya modulado los efectos de su sentencia. Por todos, Utende San Juan (2017) destaca «que el fallo presenta como novedad la no limitación de sus efectos, a diferencia de lo que ha venido siendo la tónica general en las Sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de normas tributarias» (p. 33). No obstante, nos parece muy interesante la reflexión de Marín-Barnuevo (2017) cuando matiza la no limitación de efectos diciendo que:

«[E]sa conclusión dependerá en buena medida, de la interpretación que hagamos del fallo, porque si finalmente entendemos que estamos ante un supues-

¹³ El TC en su Sentencia 128/2017, de 13 de noviembre de 2017, ha fallado admitiendo la interpretación del TS.

to de inconstitucionalidad condicionada, sí que existirá limitación de efectos, en tanto solo podrán reclamar la anulación de las liquidaciones quienes estén en condiciones de acreditar que soportaron el gravamen pese a la inexistencia de incremento» (p. 32, en la nota a pie de página).

Para precisar las consecuencias de la declaración de nulidad de la LRHL que afecta a los supuestos de minusvalías, tenemos que distinguir entre diversas situaciones:

— Aquellas operaciones que hayan sido autoliquidadas, serán revisables siempre que no hayan prescrito, mediante la solicitud de rectificación y posterior devolución de ingresos indebidos.

— En los casos de declaración por el contribuyente y posterior liquidación por la Administración que no hubieran sido impugnadas mediante recurso ordinario, se podría solicitar la declaración de nulidad de pleno derecho del art. 217 LGT (acción que no está sometida al plazo ordinario, solo al de prescripción). Sin embargo, no es unánime la jurisprudencia del TS acerca de la admisión de la declaración de inconstitucionalidad de la norma como causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Aun así, hay autores que están reivindicando este recurso como el medio adecuado para la ejecución de las SSTC. Así, Ruiz Almendral (2018) sostiene que las liquidaciones que hayan ganado firmeza por no haber sido recurridas en tiempo y forma «podrán y deberán ser revisadas a consecuencia de la inconstitucionalidad y nulidad de uno de los efectos de la plusvalía» (p. 138). La autora estima que la vía adecuada sería la solicitud por los contribuyentes de la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones dictadas aplicando una norma que ha sido declarada inconstitucional, aunque reconoce que no es un tema pacífico.

— Cuando se trate de autoliquidaciones o de liquidaciones dictadas por la Administración que habiendo sido impugnadas, han recibido sentencias desestimatorias, aquí operaría el límite de la cosa juzgada del art. 40 LOTC. No obstante, Utende San Juan (2017) afirma:

«[C]abría plantear la vía de responsabilidad del Estado legislador, sometido al nuevo régimen de la Ley 40/2015 (art. 32 y ss.), de forma que: i) es condición haber invocado la inconstitucionalidad en el proceso judicial (art. 32.4); ii) solo habrá derecho a la indemnización de los daños producidos en el plazo de 5 años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad (art. 34); y iii) es preciso que se reclame en el plazo de un año desde dicha publicación (art. 67 Ley 39/2015)» (p. 33).

4. LOS PROBLEMAS NO RESUELTOS POR EL TC

El TC no resuelve todos los problemas que venía generando la aplicación del IIVTNU desde hace años y se ciñe a los problemas de constitucionalidad relacionados con el art. 31 CE, como indica Ruiz Almendral (2018) porque no corresponde a un órgano constitucional revisor dicha labor y afirma: «[e]l *self restraint* que se exige a los altos tribunales implica una garantía de democracia (...) de manera que estos problemas deberán resolverse en el foro natural para ello, que no es otro que el Parlamento» (p. 144).

La función de legislador negativo conlleva que «El TC *no impone una interpretación propia de la Constitución, sino que rechaza una interpretación ajena*. La sentencia del TC *no es una interpretación alternativa* de la Constitución a la efectuada por el Parlamento, sino que es una simple no aceptación de la interpretación de este último» (Pérez Royo, 2017, p. 752). Además, estos límites a la capacidad de innovación normativa del TC se hacen más patentes cuando la norma impugnada afecta a un impuesto, materia sobre la que pesan, el principio de legalidad, el reconocimiento de la autonomía financiera de las corporaciones locales y el principio de estabilidad presupuestaria. No estaría justificado en términos constitucionales una actuación del TC que se pudiera calificar de legislador positivo (García de Enterría, 2006).

El deber de contribuir es de configuración legal pero tiene un contenido constitucional. El TC se ha pronunciado sobre él cuando ha tenido que decidir si un decreto-ley en materia tributaria afectaba o no al art. 31 CE. Entre otras, en la STC 73/2017, de 8 de junio, dice que:

«[E]s preciso tener en cuenta, en cada caso, «en qué tributo concreto incide el decreto-ley –constatando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica–, qué elementos del mismo –esenciales o no– resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (SSTC 182/1997, FJ 7; 189/2005, FJ 7, y 83/2014, FJ 5)» (FJ 2).

De acuerdo con este criterio:

«[E]l IRPF y, en su integración con él, el Impuesto sobre Sociedades (con el complemento, uno y otro, del Impuesto sobre la Renta de No Residentes), constituyen los pilares estructurales del sistema tributario a través de los cuales se realiza la personalización del reparto de la carga fiscal según los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad. Esto los convierte en figuras impositivas primordiales para conseguir que el sistema tributario atienda tanto a la justicia tributa-

ria, que exige el artículo 31.1 CE, como a los objetivos de redistribución de la renta y de solidaridad, que imponen los artículos 131.1 y 138.1 CE» (FJ 2).

En consecuencia, el IIVTNU difícilmente va a afectar al contenido constitucional del deber de contribuir. Por ello, aunque nos pese, no corresponde al TC concretar cómo se exigirá el IIVTNU a los contribuyentes.

En la STC 59/2017 también se está aplicando la parte orgánica de la CE, tanto desde la perspectiva de la separación de poderes, como desde el punto de vista de la distribución territorial de las competencias en el estado descentralizado. Y se traduce en el mandato al legislador para que corrija la omisión que adolece la LRHL¹⁴.

En los territorios forales, se ha reformado el impuesto en las provincias de Bizkaia (en junio de 2017) y Álava (en marzo de 2017), así como, en la Comunidad foral de Navarra (diciembre de 2017). No así en Guipúzcoa. En los primeros casos se ha incorporado una regla de valoración del incremento basada en los precios de adquisición y transmisión. En Navarra, por el contrario, se ha aprobado una reforma de mayor calado que afecta a multitud de elementos del tributo. Esta norma ha recibido un varapalo del TC (STC número 44/2019, de 27 de marzo de 2019), que considera vulnerado el art. 149.1.6 CE, al invadir la normativa foral la competencia atribuida al Estado en materia de legislación procesal.

Hasta la fecha, el legislador estatal, competente para reformar el IIVTNU [arts. 133.1 y 149.1.14.a) CE], no ha aprobado la necesaria adaptación del impuesto a los dictados de la CE. Esta situación no puede ser resuelta por los Ayuntamientos, que carentes de potestad legislativa, solo pueden decidir sobre la regulación de los elementos esenciales de los tributos locales si cuentan para ello con habilitación explícita de una ley, que establezca, a su vez, los límites precisos de la disciplina de dichos tributos (Pérez Royo, 2017). En concreto, para el IIVTNU, los Entes locales solo podrían acordar unas medidas que se aplicasen indiscriminadamente a todas las transmisiones realizadas en función de la antigüedad del terreno:

¹⁴ En las SSTC 26/2017 (FJ 6) y 37/2017 (FJ 4) se afirma que no pueden quedar a merced del aplicador de la norma (Administración, Juez o Magistrado) «los supuestos en los que nacería la obligación tributaria» ni «la elección, en cada caso concreto, del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento» pero en la STC 59/2017 no. Eso no significa que la solución en el caso estatal pueda ser distinta, ya que los problemas de inconstitucionalidad son idénticos y los efectos que despliegan las sentencias también lo son: la declaración de inconstitucionalidad genera una laguna en el ordenamiento jurídico que, en virtud del principio de legalidad que rige en materia tributaria, tendrá que colmar el legislador.

— Reducción del porcentaje anual aplicable sobre el valor del terreno, dejándolo a cero, o incluso negativo, para aquellos periodos de generación del art. 107.4 LRHL (5; 10; 15 o 20 años) coincidentes con los años de la crisis (Marín-Barnuevo, 2017).

— Aprobación de diferentes tipos de gravamen para cada uno de los periodos de generación del art. 107.4 LRHL, dejando a cero el tipo correspondiente a los años de desplome del valor de los inmuebles (2007 a 2015, aproximadamente).

En suma, los Ayuntamientos carecen de las competencias necesarias para aprobar las normas que permitan diferenciar si existe o no incremento en el valor del terreno, bien sea reformando la LRHL, o bien, completando la omisión que contiene, vía ordenanza fiscal.

La STC 59/2017 se hizo esperar, tardó casi tres meses desde las primeras sentencias del TC sobre los impuestos forales, que anticipaban un pronunciamiento similar para la norma estatal. Desde que se dictó la sentencia que comentamos, han transcurrido más de 19 meses, pero no se produce la deseada colaboración entre el TC y el legislador.

Ante la inacción del legislador central, ha sido poder judicial el encargado de resolver los pleitos concretos que se han ido planteando, haciéndolo con una gran disparidad de criterios y de resultados (desde la tesis maximalista a la exigencia de prueba pericial al contribuyente)¹⁵.

Ahora, el TS está liderando la situación mediante una interpretación de la STC 59/2017 sistemática e innovadora en términos normativos¹⁶. Así, de la STS 1163/2018 se infiere que el incremento o decremento del valor del terreno se obtendrá por «diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión» (FJ 5) o derivará de una pericial que acredite que se ha producido un decremento del valor del terreno.

Esto implica una nueva valoración de los intereses en juego, inclinando la balanza hacia el ente público local frente a aquellos contribuyentes que no articulen prueba alguna de su mejor Derecho. Martín Queralt (2017) afirma que «la subsistencia financiera de muchos Ayuntamientos, que se apoyan en muy buena medida en la financiación obtenida a través del Impuesto municipal

¹⁵ PALADINI BRACHO (2018).

¹⁶ El argumento del TS para tomar esta iniciativa es que «de esta atribución al poder legislativo de la competencia exclusiva para reformar el IIVTNU no puede inferirse que, hasta que el legislador no lleve a cabo semejante tarea, no puede probarse por el contribuyente – ni, en consecuencia, valorarse por el aplicador del Derecho – la inexistencia de plusvalía real susceptible de ser sometida a imposición» (STS 1163/2018, FJ 4).

de Plusvalía» (p. 1). A lo que añadimos el rigor con el que se les aplica el principio de estabilidad presupuestaria.

La bondad que se puede encontrar en esta decisión del TS es que evita una situación de abuso de Derecho o de enriquecimiento injusto de ambas partes de la relación jurídico-tributaria. Por un lado, evita que la inacción del legislativo pueda amparar un incumplimiento generalizado del deber de contribuir por el IIVTNU, en aplicación de las tesis maximalistas – lo que se produciría si se ha obtenido la riqueza gravada por el IIVTNU y se pretende la devolución del tributo amparándose en el vacío legal. Y, por otro lado, reequilibra la carga de la prueba que corresponde a los contribuyentes frente a las interpretaciones de algunos Entes locales y de determinados TTSSJJ, que piden prueba pericial a los primeros *so pena* de liquidar el impuesto local aplicando la estimación objetiva.

Pero el TS descuida el principio de legalidad, el de seguridad jurídica (no hay certeza sobre la regla de valoración del incremento) y el reparto competencial derivado de la CE – que han sido expresamente tutelados por el TC en su sentencia. Por ello, consideramos que la jurisprudencia del TS no puede sustentar la exacción del tributo a largo plazo.

5. LA APLICACIÓN DEL IIVTNU TRAS LA STC 59/2017

La cuestión de la aplicación del IIVTNU después de la declaración de inconstitucionalidad es muy controvertida. El motivo, siguiendo a Ruiz Almendral (2018) es que «la decisión de declarar la inconstitucional solo aquello que realmente es insalvable, en lugar de toda la configuración del impuesto, puede ser problemática si, como en este caso, crea de inmediato un tributo «alternativo» en la práctica» (p. 114). Y se agrava por el silencio del legislador.

La declaración de inconstitucionalidad busca reducir el ámbito de actuación del deber de contribuir por el IIVTNU, sin que el TC actúe como legislador positivo. Antes de la STC 59/2017, la norma obligaba a contribuir a todo titular del bien inmueble que lo transmitiera con independencia del resultado de la operación. Tras la sentencia, la norma excluirá las transmisiones en las que el resultado sea cero o decremento. Entonces, no se puede obligar a contribuir a quienes no han obtenido un incremento en el valor del terreno.

Ahora bien, Palao Taboada (2017) nos advierte de que:

«[L]a noción de «incremento de valor» es aparentemente simple e intuitiva: la diferencia entre el valor de enajenación y el valor de adquisición. Pero se trata

de una apariencia engañosa, ya que ambas partidas poseen un grado considerable de indeterminación y necesitan normas complementarias que las precisen» (p. 36).

En el caso del IIVTNU, nos surgen varios interrogantes: ¿el incremento del valor del terreno se calculará por la diferencia entre el valor que arroje el día del devengo y el día de su adquisición? ¿o entre el valor que tuviera veinte años antes de la fecha del devengo, si su antigüedad es aún mayor?

Por otro lado, el valor se determinará mediante la aplicación de unos medios de valoración que no se especifican para el IIVTNU, pero la norma se remite al IBI que, a su vez, hace lo propio con el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (LCI). Pues bien, el art. 22 LCI define el valor catastral como un valor «determinado objetivamente para cada bien inmueble a partir de los datos obrantes en el Catastro Inmobiliario». El art. 23 LCI identifica varios criterios de valoración, pero para el terreno quedan reducidos a: «a) La localización del inmueble, las circunstancias urbanísticas que afecten al suelo y su aptitud para la producción; (...) d) Las circunstancias y valores del mercado». Y fija el límite máximo en «el valor de mercado, entendiendo por tal el precio más probable por el cual podría venderse, entre partes independientes, un inmueble libre de cargas, a cuyo efecto se fijará, mediante orden del Ministro de Hacienda, un coeficiente de referencia al mercado para los bienes de una misma clase» (art. 23.3 LCI) o, si se trata de bienes inmuebles con precio de venta limitado administrativamente, dicho precio (art. 23.3 LCI). No obstante, de la STS 1163/2018 se infiere que el incremento o decremento del valor del terreno se obtendrá por «diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión» (FJ 5) (nos asalta una duda: ¿este valor tiene algún parecido con el regulado en la LCI?) o derivará de una pericial que acredite que se ha producido un decremento del valor del terreno (¿y cuál sería el criterio de cuantificación?).

El TS no indica el precepto que fundamenta este criterio de valoración pero se refiere a la STC 59/2017, diciendo que en el caso enjuiciado por el TC, la situación de no incremento se apreciaba por diferencia entre precio de adquisición y de transmisión. En otro pronunciamiento posterior, el TS matiza su decisión indicando que los valores consignados en escrituras «constituyen un sólido y ordinario principio de prueba que, sin poseer un valor absoluto – que no podemos establecer con carácter abstracto en sede casacional – sí que bastarían, por lo general, como fuente de acreditación del hecho justificador de la inaplicabilidad del impuesto» (FJ 4, STS 1248/2018).

En nuestra opinión, la declaración de inconstitucionalidad del IIVTNU y la consecuente nulidad *ex origine*, crea una laguna en el ordenamiento jurídico por la ausencia de una norma que concrete cómo proceder a la cuantificación del resultado de la variación en el valor del terreno y saber así, si existe capacidad económica gravable¹⁷, máxime cuando la regla objetiva de cuantificación de la base imponible del impuesto local subsiste tras la STC 59/2017¹⁸. Próximamente se pronunciará el TC sobre esta cuestión¹⁹.

Como afirma Ruiz Almendral (2018), «es inédito un fallo condicionado a la prueba, como el que nos ocupa, fallo que requeriría la adecuada colaboración no solo de los contribuyentes, sino desde luego del legislador (estatal) y de las Administraciones (municipales)» (p. 127). Por desgracia, esta colaboración no se está produciendo.

6. CONCLUSIONES

1. La STC 59/2017 es una sentencia estimatoria total respecto al art. 110.4 LRHL – que desaparece del ordenamiento jurídico con efectos *ex tunc* –, al tiempo que es estimatoria parcial, respecto de la norma que obliga a tributar por la transmisión de terrenos urbanos cuando no hay incremento de su valor, que se obtiene de la interpretación de los apartados 1 y 2.a) del art. 107 LRHL. Estos últimos no han sido expulsados del texto de la LRHL.

2. La declaración de inconstitucionalidad excluye la posibilidad de considerar que este pronunciamiento sea una sentencia interpretativa porque rebasa los límites del principio de conservación de la norma.

¹⁷ En términos similares, CASANA MERINO (2017, p. 158): «el problema de que no está determinado con qué valor hay que comparar el valor del terreno en el momento del devengo (con el valor catastral en el momento de iniciarse el cómputo de la plusvalía, con el valor de mercado, con el que resulta de un procedimiento de comprobación de valores o con cualquier valor que sea objeto de prueba)».

¹⁸ SOTO MOYA (2017): «[I]a problemática no se suscita respecto de la aplicación de una base objetiva de cálculo predeterminada, que la considera [el TC] conforme con la Constitución cuando subyace un incremento de valor, sino sólo cuando el incremento de valor que se deriva de la aplicación de los preceptos no es real ni cierto» (p. 5). Esta decisión del TC ha merecido severas críticas de los autores, MARTÍN QUERALT (2017); MARÍN BARNUEVO (2017); CASANA MERINO (2017); PALAO TABOADA (2017); GARCÍA FRÍAS (2017); PADILLA RUIZ (2017), quienes llaman la atención de que el tributo resultará confiscatorio cuando un incremento del valor del terreno de lugar al devengo de una cuota tributaria por un importe superior a aquel.

¹⁹ Han sido admitidas a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con los artículos 107 y 108 del LRHL, identificadas con núm. 1020-2019 la planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 32 de Madrid (admitida a trámite el 26 de marzo de 2019) y la cuestión número 3680-2019 planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Zaragoza (admitida a trámite el 16 de julio de 2019).

3. El TC deja claro cuál es el motivo de la inconstitucionalidad del IIVTNU e indica los parámetros generales de la modificación de la LRHL, para que pueda ser considerada acorde a la CE. Sin embargo, no incorpora nuevas normas a la LRHL ni mediante la modificación del texto de la disposición, ni mediante la indicación de los criterios específicos de valoración que deban servir para determinar si se ha producido el incremento del valor del terreno o no.

4. El TC ha incluido un mandato al legislador que presupone una reflexión previa sobre la distribución de funciones entre los órganos del Estado, sobre la reserva de ley tributaria y sobre el contenido constitucional del deber de contribuir.

A las Cortes Generales le corresponde la reforma de la LRHL modificando la regulación del IIVTNU dentro del marco establecido en la CE. El TC no puede concretar más porque la decisión afecta a un impuesto local que ni juega un papel central en el sistema tributario, ni su aplicación va a producir una alteración en el reparto de la carga tributaria. De lo contrario, el TC estaría invadiendo el ámbito de concreción legal del deber de contribuir.

Respecto al poder judicial, ante la inacción del legislador central, ha sido el TS el que ha liderado la situación acudiendo para ello a una interpretación de la STC 59/2017 sistemática e innovadora en términos normativos, que respalda la exacción del IIVTNU en aquellos casos en los que no se aporten pruebas, ni tan si quiera indiciarias, de la inexistencia de incremento del valor de los terrenos. Esto implica una nueva valoración de los intereses constitucionales en juego, inclinando la balanza hacia el ente público local frente a un contribuyente que no articula prueba alguna de su mejor Derecho.

5. Es imprescindible la acción del legislador para que la aplicación del IIVTNU respete el marco constitucional, la jurisprudencia del TS no puede sustentar la exacción del tributo a futuro, porque no resuelve todos los problemas de constitucionalidad de la regulación del IIVTNU.

7. BIBLIOGRAFÍA

- CASANA MERINO, F. (2017), «Los incrementos de valor inconstitucionales en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *REALA. Nueva Época*, (8), 147-163.
- CREMADES SCHULZ, M. y VÉLEZ FRAGA, M. (2017), «Una reflexión sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto Municipal sobre el Incre-

- mento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (46), 29-39.
- DÍAZ REVORIO, F. J. (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid.
- (2007), «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la LOTC», en Pérez Tremps, P. (Ed.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Thomson Civitas, Madrid.
- GARCÍA FRÍAS, A. (2017), «Reflexiones sobre el presente y futuro del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a la luz de las SSTC 57 y 59 de 2017, del 11 de mayo», *Revista española de Derecho Financiero*, 175, 23-38.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D. (2017), «Significado y alcance de la declaración de inconstitucionalidad de la regulación del IIVTNU en Guipúzcoa y Álava», *Revista de Contabilidad y Tributación. Centro de Estudios Financieros*, 407, 5-44.
- MARTÍN QUERALT, J. (2017), «Los perfiles siempre litigiosos del Impuesto Municipal de Plusvalía. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2017», *Carta Tributaria*, 25, 7-11.
- MARTÍN RUIZ, J. (2016), *Un Estudio Jurisprudencial del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana*, Tesis doctoral, Universidad Sevilla, Sevilla.
- MENÉNDEZ MORENO, A. (2017), «La valoración de los inmuebles urbanos o convertir el agua en vino», *Revista Quincena Fiscal*, parte Editorial, 8, 13-21.
- MORALES ARROYO, J. M. y GÓMEZ CORONA, E. (2017), «Las resoluciones del Tribunal Constitucional», en Agudo Zamora, M. (coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 411-426.
- ORÓN MORATAL, G. (2010), «El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en Marín-Barnuevo Fabo, D., *Los Tributos Locales*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 687-770.
- PADILLA RUIZ, P. (2017), «Reflexiones en torno a la anulación parcial del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana por el Tribunal Constitucional», *Revista Quincena Fiscal*, 9, 131-142.
- PALADINI BRACHO, I. (2018), «Disfuncionalidades del sistema tributario. El caso del IIVTNU», en Cubero Truyo, A. (Dir.), *Tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 597-615.
- PALAO TABOADA, C. (2017), «Por qué yerra el Tribunal Constitucional en las sentencias sobre el IIVTNU», *Nueva Fiscalidad*, 2, 17-45.
- PÉREZ ROYO, F. (2017), *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona.
- PÉREZ ROYO, J. (2017), *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, España.

- RUIZ ALMENDRAL, V. (2018), «Alcance y efectos de la doctrina constitucional sobre el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana: cuestiones problemáticas», *Revista de Contabilidad y Tributación. Centro de Estudios Financieros*, 427, 111-146.
- SOTO MOYA, M. (2017), «La inaplazable reforma del IIVTNU tras su declarada inconstitucionalidad», *Revista Quincena Fiscal*, 11, 61-76.
- UTENDE SAN JUAN, J. M. (2017), «Origen, contenido y efectos de las recientes sentencias constitucionales en torno al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», *Boletín Informativo Tributario Registradores de España*, 208, 26-35.

ALGUNOS ACIERTOS Y DESACIERTOS Y UNA AUSENCIA EN TORNO A LOS INCIDENTES DE EJECUCIÓN DE LA STC 259/2015

FRANCISCO ORTEGA CANDELA*
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un mismo fin: el expreso rechazo a la Constitución. 3. ¿Una respuesta del legislador? 4. Una ausencia: ¿de dónde derivan los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional? 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La STC 259/2015, de 2 de diciembre, declaró la inconstitucionalidad y nulidad en su totalidad de la resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña, adoptada el 9 de noviembre de 2015. Con posterioridad a ello fueron estimados diversos procesos de ejecución de la mencionada sentencia, mediante los AATC 141/2016, de 19 de julio, 170/2016, de 6 de octubre, 24/2017, de 14 de febrero, 123/2017, de 19 de septiembre y 124/2017, también de 19 de septiembre. En estas resoluciones se tratan muchas y muy importantes cuestiones, que no pueden ser abarcadas con la debida profundidad en un trabajo de estas ca-

* Licenciado en Derecho y Máster en Investigación Avanzada y Especializada en Derecho. Abogado. Doctorando en el departamento de Fundamentos de Orden Jurídico y Constitucional, Fac. de Derecho. Universidad de Murcia.

racterísticas. Es por ello que lo que pretendemos aquí es simplemente dejar constancia de algunos aciertos, otros desaciertos y una ausencia en las argumentaciones que maneja el Tribunal Constitucional, centrándonos en dos ideas:

En primer lugar, el amplio margen que para el Tribunal Constitucional se abre a la hora de declarar la inconstitucionalidad de disposiciones por conexión con su jurisprudencia y su idoneidad como mecanismo para combatir los reiterados intentos de sustraerse a la Constitución por parte de los poderes públicos, en especial el legislador.

Y en segundo lugar, que gran parte de las decisiones que ha tomado el Tribunal Constitucional y el cómo lo ha hecho parecen sostenibles solo si tenemos en cuenta que las disposiciones y actos anulados no son normas con rango de ley.

2. UN MISMO FIN: EL EXPRESO RECHAZO A LA CONSTITUCIÓN

La conclusión a la que se llega en la STC 259/2015 es que la resolución 1/XI, del Parlamento de Cataluña, es contraria a la Constitución puesto que «desconoce y vulnera las normas constitucionales que residencian en el pueblo español la soberanía nacional y que, en correspondencia con ello, afirman la unidad de la nación española, titular de esa soberanía (arts. 1.2 y 2 CE)» (FJ 6). Este vicio afecta a toda la resolución, puesto que toda ella parte de ese mismo hilo conductor, un expreso rechazo a lo que la Constitución dispone. Y a ello no obsta el principio de legitimidad democrática esgrimido por el Parlamento de Cataluña, que no puede oponerse a la primacía incondicional de la Constitución, pues la legitimidad de cualquier actuación del poder público se basa en su conformidad con la misma, que tiene precisamente su fundamento en el mentado principio democrático (art. 1.1 CE). De modo que «la primacía incondicional de la Constitución es la garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido, como por la previsión misma de procedimientos para su reforma» (FJ 5). En definitiva, lo que se está declarando inconstitucional, más allá de la propia literalidad de la resolución, es el proyecto de desconexión con el Estado español a través de un proceso constituyente (ATC 123/17, FJ 1).

Es esto lo que va a permitir con posterioridad al Tribunal Constitucional estimar todos los procedimientos de ejecución instados al hilo de la STC 259/2015. Todas las resoluciones y actos así impugnados comparten ese

mismo expreso rechazo a la Constitución, por lo que suponen no sólo una contradicción con la misma, sino también con la jurisprudencia del Alto Tribunal ya establecida en esos términos.

Es importante señalar que para el Tribunal Constitucional lo verdaderamente relevante no es tanto el rechazo a la constitución que las resoluciones y actos impugnados expresan, como el hecho de que no se hayan canalizado mediante el procedimiento adecuado, es decir, la reforma constitucional. La compatibilidad entre el principio democrático y la primacía incondicional de la Constitución se sitúa en último lugar en la posibilidad de que esta pueda ser reformada, de modo que se dé cauce a las más diversas manifestaciones, y más por cuanto incluso se admite y regula su revisión total (FJ 7).

3. ¿UNA RESPUESTA DEL LEGISLADOR?

Conocido es el debate en torno a quién debe tener la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución. En la actualidad ha obtenido carta de naturaleza hablar de dos modelos. En primer lugar, se habla de sistemas de supremacía judicial o de constitucionalismo fuerte cuando la interpretación constitucional efectuada por los jueces en el control de la ley es la que prevalece, de manera que el legislador no tiene posibilidad de contrarrestarla legítimamente. Gran parte de los esfuerzos se han concentrado en desplegar toda una batería de argumentos con los que justificar esta prevalencia, así como en los métodos utilizados por los jueces para extraer el significado de las constituciones¹.

En segundo lugar, tenemos los sistemas de supremacía legislativa o de constitucionalismo débil, en los que la decisión última sobre la interpretación de la Constitución recae siempre en el legislador. Los defensores de este modelo se centran en contrarrestar la pretendida idoneidad de los jueces para la interpretación constitucional, defendiendo la alternativa democrática y representativa de un legislador que no solo es capaz de tomar decisiones acertadas, sino que es también el órgano más idóneo para ello. Así las cosas, se abre la posibilidad de que el legislador responda legítimamente a una declaración de inconstitucionalidad de una ley, bien mediante la revocación de sentencia, bien mediante la reintroducción de la ley en el ordenamiento, ya sea reiterándola en

¹ Clásicas son las ideas de DWORKIN (2002) y de ALEXY (2009). Entre nosotros puede citarse a ARAGÓN REYES (2002). Una exposición más general puede encontrarse en AHUMADA RUIZ (2005), así como en NIEMBRO ORTEGA (2017).

sus propios términos o mediante otros que vengan a producir los mismos efectos o a darle continuidad².

Esta breve contextualización viene al caso pese a que, como ya hemos advertido, tanto las resoluciones como los actos anulados en la STC 259/2015 y en los procesos de ejecución subsiguientes no son normas con rango de ley, lo cual no obsta para convertirlas en objeto de impugnación puesto que, como señala el Tribunal Constitucional, tienen capacidad para producir efectos jurídicos (STC 259/15, FJ 2). Por tanto, aunque no estemos ante normas con rango de ley, se establece un claro paralelismo con las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad de una norma: el Parlamento de Cataluña ha dado continuidad a través de ciertas resoluciones y actos parlamentarios a una disposición que había sido previamente anulada por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, hay que hacer dos apuntes. Primero que, como ya hemos advertido, lo que se declara inconstitucional en la STC 259/2015 no es la mera literalidad de la resolución, sino el proyecto que encarna y en tanto que no está siendo tramitado por el cauce adecuado.

En segundo lugar, que el propio Tribunal Constitucional parece pronunciarse, siquiera sea indirectamente, sobre el conflicto entre interpretaciones de la Constitución. En sus propias palabras: «Se trata de una infracción constitucional que no es fruto, como suele ocurrir en las contravenciones de la norma fundamental, de un entendimiento equivocado de lo que la misma impone o permite en cada caso. Es resultado, más bien, de un expreso rechazo a la fuerza de obligar de la Constitución misma, frente a la que se contrapone, de modo expreso, un poder que se reclama depositario de una soberanía y expresión de una dimensión constituyente desde los que se ha llevado a cabo una manifiesta negación del vigente ordenamiento constitucional».

Hay por tanto para el Tribunal Constitucional dos posibles situaciones: o que la infracción constitucional sea fruto de una interpretación errónea de la Constitución, o que sea resultado de un expreso rechazo a la misma. Lo que parece claro es que, en la estela de lo que ya se defendía en la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña, el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, se arroga el poder último de decisión, convirtiéndose el procedimiento de ejecución de sentencias en mecanismo idóneo para asegurar su eficacia³.

² El clásico aquí es WALDRON (2005).

³ Sobre el particular puede consultarse VIVER PI-SUNYER (2011).

Sin embargo, debemos prestar atención a los AATC 123/2017 y 124/2017, donde se estiman sendos incidentes de ejecución de la STC 259/2015 contra diversos actos parlamentarios. Se trata del acuerdo de la Mesa de admisión a trámite por el procedimiento de urgencia extraordinaria de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación, del acuerdo de la Mesa que rechaza la reconsideración del acuerdo de admisión a trámite de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación, del acuerdo del Pleno por el que se incluye en el orden del día de 6 de septiembre de 2017 el debate y votación de la proposición de ley del referéndum de autodeterminación por la vía del artículo 81.3 RPC, del acuerdo del Pleno por el que se suprimen los trámites esenciales del procedimiento legislativo (ATC 123/2017) y del acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 7 de septiembre de 2017 de admisión a trámite de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República (ATC 124/2017). No cabe duda de que todos estos acuerdos tienen una incidencia decisiva sobre el procedimiento legislativo, por cuanto de ellos depende que se inicie el debate y posterior aprobación o rechazo de la ley en la cámara catalana⁴. Por ello no es de extrañar que en los mencionados incidentes de ejecución tanto la Abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal solicitaran extender la declaración de nulidad a «todos los actos subsiguientes de tramitación del procedimiento» (ATC 123/2017, A 6 y ATC 124/2017, A 6).

Ante esta petición el Tribunal Constitucional toma dos decisiones. En el ATC 124/2017 decide extender la nulidad del acuerdo de la Mesa del Parlamento de Cataluña de 7 de septiembre de 2017 a «los acuerdos del Pleno de la misma fecha por los que se aprueba la inclusión de esa proposición de ley en el orden del día de 7 de septiembre de 2017 y la supresión de los trámites esenciales del procedimiento legislativo» (FJ 8). En cambio, tanto en el ATC 123/2017 como en el mentado ATC 124/2017 se rechaza extender esa declaración de nulidad a «todos los actos subsiguientes de tramitación del procedimiento» legislativo, puesto que el objeto del incidente de ejecución «no es el control de constitucionalidad de un texto legal, sino el de preservar la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional, protegiendo su ámbito jurisdiccional frente a cualquier intromisión ulterior de un poder público que pudiera intentar menoscabarla» (FFJJ 2 y 2 respectivamente).

De esta manera el Tribunal Constitucional acaba por configurar un incidente de ejecución susceptible de ser utilizado frente a cualquier acto de un poder público que intente menoscabar la eficacia de sus resoluciones, siempre y cuando tal intromisión no se realice mediante normas con rango de ley, pues-

⁴ Sobre el procedimiento legislativo puede consultarse HERRERO LERA (1983).

to que para ellas están reservados los procedimientos de control de constitucionalidad. La argumentación no parece, sin embargo, concluyente, puesto que el menoscabo de la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional tanto puede darse mediante un texto legal como mediante cualquier otra intromisión ulterior de un poder público.

El debate en torno a las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad y, en fin, a si corresponde al legislador o a los jueces tener la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución culmina inevitablemente en el análisis de las herramientas que el ordenamiento jurídico otorga a uno u otro poder para hacer efectiva su preeminencia. En este sentido, y partiendo de la contundencia con que el Tribunal Constitucional se manifiesta a favor de la primacía incondicional de la Constitución y de su propia naturaleza de intérprete supremo de este texto, cuyas resoluciones no pueden ser atacadas ni desatendidas por ningún poder público, legislador incluido, no resulta del todo coherente rechazar de plano la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes que contradigan la jurisprudencia constitucional a través del incidente de ejecución. Esta incoherencia pretende salvarse remitiendo a los procedimientos de control de constitucionalidad cualquier menoscabo que un texto legal pueda producir a una resolución del Tribunal; pero la mera existencia de estos procedimientos no dice realmente nada acerca de por qué se debe dar un trato diferente a leyes y disposiciones que, tal y como se reconoce, tienen todas capacidad de producir efectos jurídicos.

4. UNA AUSENCIA: ¿DE DÓNDE DERIVAN LOS PODERES DE EJECUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

El hecho de que los procedimientos de ejecución de la STC 259/15 no hayan tenido como objeto normas con rango de ley ha supuesto, en mi opinión, otra consecuencia: ha permitido al Tribunal Constitucional prescindir de toda argumentación acerca de los propios fundamentos constitucionales de sus poderes de ejecución.

Todos los incidentes se resuelven conforme a lo previsto en el artículo 87.1 de la LOTC, que prescribe la obligación de todos los poderes públicos de cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva, y el artículo 92 de la misma ley, que faculta al Tribunal Constitucional para resolver toda incidencia en la ejecución de sus sentencias, incluida la declaración de «nulidad de cualesquiera

resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción»⁵. Ha de añadirse que ambos preceptos habían sido reformados por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, que venía a clarificar y ampliar los poderes de ejecución del Tribunal Constitucional y sobre la que al tiempo de resolver los incidentes que estamos comentando pendían dos recursos de inconstitucionalidad⁶. Sin embargo, y como con acierto advierte el Alto Tribunal «al margen del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes es claro que, antes y después de la reforma del marco legal resultante de los arts. 87 y 92 LOTC por la citada Ley Orgánica 15/2015, todos los poderes públicos estaban y están obligados al cumplimiento de lo que resuelva el Tribunal Constitucional; este se hallaba y se halla plenamente facultado para resolver las incidencias de ejecución de sus sentencias y demás resoluciones, pudiendo incluso declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas» (ATC 170/2016, FJ 2).

Como ya hemos visto, la amplitud y generalidad con que se expresan los artículos 87.1 y 92 de la LOTC permiten a este tribunal configurar un incidente de ejecución en el que cabe la impugnación de todo tipo de resoluciones y actos, incluidos aquellos cuya validez no puede ser atacada por vía de recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, la posibilidad de someter a control una ley por vía de ejecución queda, en principio, descartada. No obstante, debemos preguntarnos de donde derivan los poderes de ejecución que se atribuyen al Tribunal Constitucional en su Ley Orgánica, y en concreto por su anclaje constitucional.

La Constitución Española establece en su artículo 164 que las sentencias del Tribunal Constitucional «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación» y que aquellas que «declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.» A esto añade la LOTC en su artículo 38 que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vincularán a todos los poderes públicos. Y es precisamente este último efecto, el de vinculación, el único que menciona el Tribunal Constitucional en los incidentes de ejecución que estamos analizando. Según sus propias palabras queda proscrito cualquier «intento de menoscabar la eficacia –jurídica o material– de lo que se resolvió en esta Sentencia [STC 259/2015], en el bien entendido de que la vinculación de todos los

⁵ Al respecto puede consultarse GONZÁLEZ RIVAS (2010).

⁶ Sobre esta reforma *vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ (2016).

poderes públicos al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva (art. 87.1 LOTC) se extiende tanto al fallo como a la fundamentación jurídica de sus sentencias y demás resoluciones (SSTC 158/2004, de 21 de septiembre, FJ 4; 302/2005, de 21 de noviembre, FJ 6; AATC 273/2006, de 17 de julio, FJ 4, y 120/2010, de 4 de octubre, FJ 1, entre otras resoluciones)» (ATC 141/2016, FJ 2).

Pero en rigor la vinculación de todos los poderes públicos a las resoluciones del Tribunal Constitucional no puede suponer un deber en sí mismo, puesto que esta vinculación no es sino la consecuencia de la eficacia propia de dichas resoluciones, es decir, de los efectos generales que la propia Constitución les otorga. Y ello significa, por supuesto, que no todas las resoluciones del Tribunal Constitucional vinculan con la misma intensidad o, mejor dicho, que no de todas ellas se pueden derivar las mismas consecuencias por su incumplimiento. Y es que cabe aquí recordar que el ya transcrito artículo 164 de la Constitución Española se refiere únicamente a las sentencias del Tribunal Constitucional.

En el último de los Autos de la cadena de ejecuciones que estamos comentando, el ATC 124/2017, el Tribunal Constitucional estima el incidente por cuanto el acto impugnado menoscaba la eficacia de lo resuelto en las STC 259/2015 y en los AATC 141/2016, 170/2016, y 24/2017. Pero en mi opinión el Tribunal debería haber diferenciado. Qué duda cabe que los poderes públicos están obligados a acatar lo resuelto ya sea mediante sentencia, auto o providencia, pero el poder de anular otra resolución en ejecución de sentencia solo es posible, valga la redundancia, a través de la ejecución de una sentencia y solo por contradecir a la misma, por lo que la mención a otras resoluciones, como es el caso de los autos, debería limitarse a servir de apoyo argumental.

Y es más, los efectos generales que la Constitución otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional, y solo a ellas, se presenta como un serio cuestionamiento a su decisión de dejar fuera del proceso de ejecución la posibilidad de impugnar y anular normas con rango de ley. De la misma manera que el legislador puede, como hemos visto, cuestionar la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional a través de resoluciones y actos no legislativos, puede hacerlo también, y con mayor incidencia, a través de las leyes. Es por ello que se echa en falta una mayor argumentación en torno a esta cuestión, capaz de justificar la diferenciación de trato que se establece entre disposiciones que vienen todas a minar la eficacia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional. Argumentación que todavía se antoja más necesaria después de la contundencia con que el Tribunal rechaza el carácter expansivo del principio democrático y representativo del que pretendía dotarse Parlamento de Catalu-

ña, así como por la defensa de la primacía incondicional de la Constitución y de la interpretación que de la misma compete a aquel realizar con carácter supremo.

A nadie se le escapa que dejar en manos del Tribunal Constitucional la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley a través del procedimiento de ejecución de sus sentencias y sin necesidad de someterla a un procedimiento de control de constitucionalidad supondría la admisión de un instituto con graves o, al menos, profundas consecuencias para el ordenamiento jurídico, y más por cuanto la reforma operada en la LOTC por la Ley Orgánica 15/2015 ha venido a dotar al Alto Tribunal de extensos poderes con los que asegurar dichas ejecuciones y entre los que se encuentra la posibilidad de imponer multas coercitivas o acordar la suspensión de funciones de autoridades y empleados públicos. Sin embargo, no es el cometido de este breve trabajo el posicionarse sobre la conveniencia de aceptar tal posibilidad o el de profundizar en las consecuencias que tal elección conllevaría, sino el mucho más modesto de advertir sobre la posible incongruencia y falta de argumentación en que el Tribunal Constitucional está cayendo a la hora de configurar el incidente de ejecución de sentencias.

5. CONCLUSIONES

En los ordenamientos jurídicos con control de constitucionalidad de las leyes el debate sobre a quién debe otorgarse la última palabra sobre la interpretación de la Constitución, si al legislador o a los jueces, ha girado por lo común en torno a las discrepancias sobre los derechos fundamentales o el orden de distribución de competencias. Sin embargo, la actuación de expreso rechazo a la Constitución de los poderes públicos, como es el caso del legislador catalán, abre un nuevo escenario en el que se ponen al límite los mecanismos con los que asegurar la primacía de aquella.

En este sentido, los incidentes de ejecución que han seguido a la declaración de inconstitucional de la resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña efectuada por la STC 259/2015 han servido como un verdadero ensayo sobre la cuestión. Ensayo, eso sí, realizado con resoluciones y actos carentes de rango de ley.

Y precisamente una de las conclusiones que se pueden extraer de lo decidido por el Tribunal Constitucional es el rechazo a configurar el incidente de ejecución de sentencias en un procedimiento a través del cual se pueda controlar la constitucionalidad de las leyes que entren en contradicción con la juris-

prudencia constitucional, pero sí de cualquier otro menoscabo que los poderes públicos puedan producir en las resoluciones de este Tribunal. Decisión que de mantenerse deberá ser profundamente argumentada y deberá pasar por el análisis de los efectos generales que la Constitución otorga a las sentencias del Tribunal Constitucional, y sólo a ellas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHUMADA RUIZ, M. A. (2005), *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Civitas, Cizur Menor.
- ALEXY, R. (2009), «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático», en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (2002), *Constitución, democracia y control*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- DWORKIN, R. (2002), *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (2010), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid.
- HERRERO LERA, M. (1983), «Artículo 87: Iniciativa legislativa», en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la constitución española de 1978*, Vol. 7, Cortes Generales: EDERSA, Madrid.
- NIEMBRO ORTEGA, R. (2017), *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis doctoral dirigida por Torres Muro, I. y Velasco Arroyo, J. C., Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. (2016), «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del tribunal constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38.
- VIVER PI-SUNYER (2011), «El Tribunal Constitucional, ¿“siempre, solo.... e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91.
- WALDRON, J., (2005), *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid.

LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI NEL TEMPO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE: UNA RIFLESSIONE ALLA LUCE DELLA PRASSI DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

NANNEREL FIANO*
Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La dottrina costituzionalistica degli anni '80: uno sguardo alle prime riflessioni da parte degli studiosi sull'efficacia temporale degli effetti delle decisioni di accoglimento. 3. Analisi dei tentativi di riforma della disciplina della declaratoria di incostituzionalità. 4. La sent. cost. n. 10 del 2015: un *novum* giurisprudenziale. 5. La *Unvereinbarkeitserklärung* tedesca. 6. L'ord. n. 207 del 2018: la vicinanza rispetto al modello tedesco. 7. Riflessioni conclusive. 8. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Il presente lavoro intende affrontare un particolare aspetto della giustizia costituzionale, cioè a dire il tema della modulazione degli effetti delle decisioni di accoglimento in un'ottica temporale.

Il tema in discorso si connota per la sua peculiare attualità, dal momento che la Corte costituzionale sembra essere approdata, con riferimento al c.d.

* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

«caso Cappato», ad una nuova modalità di intendere il rapporto con il legislatore ed il correlato fattore «tempo»¹ degli effetti delle proprie decisioni.

Per quanto attiene alla struttura del presente lavoro, nella prima parte di essa si indagheranno sinteticamente le prime decisioni con cui la Corte costituzionale ha modulato nel tempo gli effetti e, per quanto possibile, le relative riflessioni dottrinali.

Particolare attenzione verrà dedicata altresì a quei progetti di legge, mai approvati, che hanno tentato di apportare modifiche alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale.

In seguito si affronterà la (ormai relativa) novità rappresentata dalla sent. cost. n. 10 del 2015, la quale, come ampiamente posto in evidenza dalla dottrina, costituisce un *unicum* nel panorama del differimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

Nella seconda parte il *focus* verrà spostato sulla (suggestiva) prassi temporalmente manipolativa del Giudice costituzionale tedesco; verranno di seguito analizzati gli aspetti che più avvicinano l'ordinanza n. 207 del 2018 alla struttura e alla *ratio* della decisione di incompatibilità tedesca, la c.d. *Unvereinbarkeitserklärung*.

2. LA DOTTRINA COSTITUZIONALISTICA DEGLI ANNI '80: UNO SGUARDO ALLE PRIME RIFLESSIONI DA PARTE DEGLI STUDIOSI SULL'EFFICACIA TEMPORALE DEGLI EFFETTI DELLE DECISIONI DI ACCOGLIMENTO

Alla luce quindi della recente «rivitalizzazione» del tema della modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento, sembra oggi più che opportuno riportare in auge alcune tra le più suggestive riflessioni che sono state sviluppate dalla dottrina all'indomani dell'adozione delle (prime) decisioni «simbolo» della manipolazione degli effetti temporali.

Si tratta, in particolare, di quei casi in cui la Corte costituzionale aveva limitato nel passato l'efficacia «retroattiva», così da vanificare il «costo» della pronuncia (cfr. sent. n. 501/1988)², o addirittura previsto la mera efficacia *ex nunc* (cfr. sent. n. 266/1988)³.

¹ Così D'AMICO (2018, 45).

² Cfr. D'AMICO (2015, 1).

³ Sul punto si veda D'AMICO (2015, 1).

In occasione della sent. cost. n. 501 del 1988, in tema di collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni, la Corte costituzionale ha fatto discendere gli effetti della declaratoria di illegittimità a partire dal 1° gennaio 1988.

Con la sent. cost. n. 266 del 1988, in tema di indipendenza dei giudici militari, la Corte costituzionale ha differito nel tempo gli effetti in ragione dell'applicazione del «principio di progressiva gradualità nell'attuazione dei precetti costituzionali»⁴.

In entrambi i casi, la dottrina ha espresso il dubbio che si potesse fare riferimento a decisioni di incostituzionalità sopravvenuta in senso «stretto»⁵.

Nello specifico, peraltro, in tali pronunce la Consulta aveva collegato il differimento o il contenimento degli effetti a «canoni» applicabili anche nei giudizi comuni⁶.

Si segnala inoltre, per completezza, la ben nota sent. n. 50 del 1989, ove, in tema di pubblicità delle udienze dinanzi al giudice tributario, la Corte ha chiarito nel dispositivo e nella motivazione che «la dichiarazione di incostituzionalità non avrebbe avuto efficacia retroattiva, valendo solo per il futuro»⁷, e ciò alla luce della (poco convincente, come evidenziato dalla dottrina di Onida⁸) «non più» conformità della disciplina normativa ai parametri costituzionali.

E proprio in occasione di uno tra i primi convegni (e per ciò rilevante) sul tema della modulazione degli effetti nel tempo, tenutosi presso il Palazzo della Consulta il 23 e il 24 novembre del 1988, sono state avanzate suggestive riflessioni dottrinali sulle primissime decisioni manipolative del dato temporale; la loro attualità, oggi, non può che manifestarsi in modo evidente.

Premessa l'impossibilità di riportare nella presente sede tutti i ragionamenti svolti, vale la pena di ricordarne dunque alcuni.

Si consideri la tesi di Zagrebelsky, secondo la quale la retroattività delle decisioni di accoglimento conosce una deroga in presenza di leggi penali, in quelle occasioni in cui sia necessaria la copertura delle leggi di spesa e in occasione della necessità di salvaguardare la certezza del diritto⁹. Secondo l'Autore, esistono inoltre altri principi «da cui possono derivare limitazioni alla piena esplicazione degli effetti tipici delle decisioni di incostituzionalità»:

⁴ In tal senso COSTANZO (1991, 79).

⁵ Sembra orientarsi in tal senso PALADIN (1989, 1).

⁶ Sul punto si veda la monografia di D'AMICO (1993, 133), sulla manipolazione degli effetti delle decisioni della Corte costituzionale alla luce dell'applicazione dei principi comuni da parte dei giudici.

⁷ Sul punto si veda ancora D'AMICO (1993, 113).

⁸ Così l'autorevole dottrina di ONIDA (2016, 9).

⁹ In questi termini si esprimeva ZAGREBELSKY (1989, 215).

si tratta, nello specifico, di quello relativo alla continuità delle funzioni costituzionali e di quello dell'«inimmaginabilità di decisioni costituzionali capaci di produrre conseguenze incostituzionali»¹⁰.

Nel solco della tesi «possibilista» di Zagrebelsky si inserisce la dottrina di Mezzanotte¹¹, secondo la quale in conformità all'utilizzo del canone della ragionevolezza, estremamente rilevante ai fini di una corretta misurazione dei valori costituzionali, sarebbe impensabile non considerare la sussistenza di «un mutamento nei modi di acquisizione della legittimazione da parte della Corte»¹², tale da corrodere, in parte, il rigido regime della retroattività.

Si consideri anche la tesi di Silvestri; secondo l'Autore, la necessità di tutelare il «valore fondamentale della reintegrazione degli interessi costituzionalmente protetti»¹³ può condurre ad «esplicitare in anticipo le dimensioni normative e temporali dell'intervento della Corte sull'ordinamento esistente [...]»¹⁴.

Luciani, inoltre, ragionava sul fatto che la Corte necessitasse di una «più chiara capacità di calibrarsi e misurarsi sulla politica»¹⁵, riflettendo al tempo stesso su quegli strumenti di manipolazione degli effetti adottati, nello specifico, dal Tribunale costituzionale tedesco e da quello austriaco¹⁶.

3. ANALISI DEI TENTATIVI DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ

Nonostante la risalente riflessione dogmatica appena richiamata si inserisca nel solco di una teoria «possibilista» (anche se opportunamente cauta) della manipolazione degli effetti delle decisioni di incostituzionalità, oggi, a quattro anni dall'adozione della sent. cost. n. 10 del 2015, di cui si tratterà nel successivo paragrafo, non si è ancora assistito alla modifica della disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, e ciò nonostante ci siano stati alcuni rilevanti tentativi di riforma della stessa.

¹⁰ Cfr. ZAGREBELSKY (1989, 218).

¹¹ Si veda MEZZANOTTE (1989, 40 e ss).

¹² Sul punto MEZZANOTTE (1989, 42).

¹³ Cfr. SILVESTRI (1989, 52).

¹⁴ Cfr. SILVESTRI (1989, 52).

¹⁵ Sul punto si veda LUCIANI (1989, 107).

¹⁶ Si veda LUCIANI (1989, 108-115).

A tal proposito non può essere sottaciuta la qualità del disegno di legge «Lanzillotta»¹⁷, il quale, secondo chi scrive, descrive compiutamente le ragioni poste alla base dell'esigenza di una modifica dell'attuale disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prendendo le mosse dal problema del «costo» delle pronunce della Corte, emerso, nello specifico, in seguito all'adozione della sent. cost. n. 70 del 2015.

Il disegno di legge prevede, all'art. 1 (Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87), lettera *c*) che «al terzo comma dell'articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali».

L'obiettivo di rendere sempre più efficiente la gestione degli effetti nel tempo si accompagna alla proposta relativa all'introduzione, da un lato, di un utilizzo idoneo dei poteri istruttori¹⁸, in modo tale da orientare le decisioni ad una previa consapevole conoscenza delle conseguenze economico-sociali, e, dall'altro, all'attuazione dell'istituto della *dissenting opinion*, in modo tale da arricchire e rendere maggiormente trasparente il dibattito sulle decisioni prese dal collegio giudicante.

Secondo chi scrive, il disegno di legge appena menzionato si distingue, quanto alla qualità delle modifiche ivi proposte, dal c.d. disegno di legge Vignali: quest'ultimo, più risalente nel tempo, proponeva parimenti di incidere sulla disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento non già proponendo di operare una modifica sul piano delle fonti primarie, bensì prevedendo di introdurre una modifica allo stesso art. 136 Cost., e ciò al fine di sottrarre al Giudice delle leggi un sindacato sulle leggi che potesse connotarsi in senso eccessivamente politico.

La proposta di legge costituzionale n. 22 presentata alla Camera dei Deputati il 15 marzo 2013, rubricata «Modifica dell'articolo 136 della Costituzione concernente gli effetti delle sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme di legge o di atti aventi forza di legge»¹⁹, sembrava volere introdurre una sostanziale modifica della disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento e del ruolo della stessa Corte costituzionale, delegando addirittura *in toto* al legislatore la «gestione» dell'effi-

¹⁷ Ci si riferisce all'A. S 1952, rubricato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza nei giudizi di legittimità costituzionale» e assegnato alle commissioni riunite 1a (Affari costituzionali) e 5° (Bilancio) in sede referente l'8 luglio 2015.

¹⁸ Un recente contributo sul tema dei poteri istruttori è offerto da DONATI (2018, 179 ss).

¹⁹ Cfr. http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0000220.pdf.

cacia della dichiarazione dell'incostituzionalità²⁰; conformemente alla *ratio* che sta alla base dell'intero disegno di legge, in quest'ultimo si ricorre all'utilizzo del termine «abrogazione» della norma dichiarata incostituzionale, in tal modo richiamando un'efficacia solamente *pro-futuro* dell'effetto susseguente alla dichiarazione di incostituzionalità²¹.

Ciò detto il disegno di legge in esame presenta un elemento interessante a fini comparativi, ovverosia quello della determinazione della scissione tra il momento dichiarativo dell'incostituzionalità e quello in cui hanno luogo gli effetti della stessa declaratoria²²; e infatti tale caratteristica trova un corrispettivo nelle decisioni di incompatibilità tedesche, le quali, come si vedrà, operano, e ciò costituisce uno tra i tratti più distintivi delle stesse, una scissione tra la mera dichiarazione dell'incostituzionalità della norma e l'eliminazione di quest'ultima.

Si ricorda, inoltre, che l'ipotesi di introdurre in capo alla Corte costituzionale la possibilità di differire nel tempo gli effetti delle decisioni di accoglimento fu avanzata altresì in seno alla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita dalla legge costituzionale n. 1/1997²³.

Stando al progetto approvato il 30 giugno 1997, infatti, l'art. 136 Cost. avrebbe previsto che «quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno dalla pubblicazione della decisione»²⁴.

²⁰ Rileva quanto previsto dall'art. 1 della proposta di legge costituzionale, con riferimento alla «decisione con cui la Corte accoglie l'impugnazione di una norma di legge o di atto avente forza di legge»; «ove la decisione riguardi una legge dello Stato, il Governo, appena informato della dichiarazione di illegittimità costituzionale, prende l'iniziativa di proporre alle Camere una legge abrogativa o modificativa della legge dichiarata incostituzionale; la stessa iniziativa può essere presa direttamente dalle Assemblee. Il disegno di legge è esami-nato dalle Camere con procedura d'urgenza.

Qualora tale disegno di legge non sia approvato entro il termine dei sei mesi successivi, elevato a nove mesi se trattasi di legge costituzionale, le stesse Assemblee legislative dichiarano cessata l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale».

²¹ Similmente a quanto accade, ad esempio, con riferimento all'esperienza del *Conseil Constitutionnel*, laddove, ai sensi dell'art. 62, comma secondo, della Costituzione, «una disposizione dichiarata incostituzionale in virtù dell'articolo 61-1 è abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del Consiglio costituzionale o dalla data successiva stabilita da tale decisione. Il Consiglio costituzionale determina le condizioni ed i limiti entro i quali gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere rimessi in discussione».

²² Sul tema specifico della distinzione tra il momento dichiarativo e quello costitutivo si veda ZAGREBELSKY (1988, 259).

²³ Cfr. BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (2006, 2673).

²⁴ Similmente a quanto accade nel modello di giustizia costituzionale austriaca. Per uno studio sul *Verfassungsgerichtshof* austriaco, si veda CARAVITA (1985).

Come si è potuto vedere, non si è mai assistito all'approvazione di alcuna legge modificativa della disciplina relativa agli effetti delle decisioni di accoglimento nel tempo.

Eppure, come si vedrà nel prossimo paragrafo, la Corte costituzionale ha mostrato in tempi recenti l'esigenza di procedere ad un bilanciamento tra valori, così da modulare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo.

4. LA SENT. COST. N. 10 DEL 2015: UN *NOVUM* GIURISPRUDENZIALE

Come noto, nella sentenza n. 10 del 2015 il Giudice delle leggi ha modulato nel tempo gli effetti della decisione di accoglimento in conseguenza di un bilanciamento tra principi, inserendo nell'opera di commisurazione dei valori costituzionali altresì la regola procedurale²⁵ che disciplina il corretto funzionamento dell'efficacia delle proprie decisioni, cioè a dire quella consistente nella retroattività dell'efficacia della declaratoria di incostituzionalità, in tal modo svolgendo un'opera di «riqualificazione» della regola procedurale sancita all'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953.

La decisione ha fortemente interessato la dottrina: secondo alcuni, in quell'occasione la Corte costituzionale aveva specificamente utilizzato il rispetto dell'equilibrio di bilancio «per rafforzare il ragionamento sui poteri discrezionali e autonomi del Giudice costituzionale nel soppesare gli effetti retroattivi»²⁶, secondo altri la scelta di statuire l'efficacia meramente *ex nunc* in ragione di esigenze appartenenti non al diritto processuale, bensì a quello sostanziale²⁷, avrebbe fatto emergere il rischio sotteso ad un utilizzo politico della giustizia costituzionale, tema di cui, peraltro, la dottrina si è ampiamente occupata all'inizio degli anni '90 proprio con riferimento al rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio²⁸.

Altra parte della dottrina ha invece salutato con favore la modulazione dell'efficacia temporale della decisione di accoglimento operata dalla c.d. sentenza «Cartabia», evidenziandone la chiarezza in punto di motivazione²⁹.

²⁵ Sul punto si veda ROMBOLI (2015, 1-4).

²⁶ Così D'AMICO (2015, 2).

²⁷ Si veda in generale, a tal proposito, BIN (2015).

²⁸ Cfr. AA.VV. (1993).

²⁹ A tal proposito, ANZON DEMMING (2015, 1 e ss). In effetti, in tale occasione la Corte costituzionale non ha inteso «mascherare» la gestione degli effetti della propria pronuncia adottando una tipologia decisionale in parte funzionale allo scopo, come invece accaduto, ad esempio, con riferimento alla sent. cost. n. 178 del 2015, ove la Corte costituzionale sembra avere, per così dire, «fittiziamente» inquadrate la

Si consideri quanto dichiarato dal Giudice relatore tre anni dopo l'adozione della decisione: «la Corte decise, nella scia di alcuni, pochi precedenti, di circoscrivere gli effetti retroattivi della decisione di illegittimità costituzionale, enunciando peraltro i principi entro i quali una tale operazione può legittimamente avvenire»³⁰.

In seguito all'adozione della sentenza n. 10 del 2015 è emerso un nodo problematico, cioè a dire la ribellione del giudice *a quo*³¹, il quale da un lato è chiamato al pieno rispetto dell'art. 137, comma terzo, Cost.³², e dall'altro al rispetto dell'impianto normativo cui è sottesa l'efficacia della decisione di accoglimento.

Come si può vedere, la chiarezza in punto di motivazione della decisione costituisce un elemento necessario e tuttavia non sufficiente per legittimare la «flessibilizzazione» degli effetti delle sentenze nel tempo³³; sarebbe a tal proposito necessario procedere ad una riforma della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, anche al fine di precludere al Giudice delle leggi di dar vita ad una giurisprudenza frammentata.

Non a caso, infatti, la gestione temporale degli effetti è stata oggetto di discostamento da parte della sent. cost. n. 70 del 2015, laddove la Corte costituzionale, nonostante il buco di bilancio che ha poi fatto seguito alla dichiarazione di incostituzionalità³⁴, ha statuito di non prevedere alcun tipo di effetto proattivo, riaffermando in tal modo il principio dell'incidenza della dichiarazione di incostituzionalità anche sulle situazioni pregresse³⁵.

5. LA UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG TEDESCA

Quanto detto non può che rafforzarsi alla luce della lettura dell'ordinanza n. 207 del 2018, che pare introdurre un rilevante elemento di novità nel panorama delle tecniche decisorie adottabili dal Giudice costituzionale³⁶; in particola-

decisione nel senso di una sentenza incostituzionalità sopravvenuta. Così ha commentato la decisione RUGGERI (2015, 1 e ss).

³⁰ Cfr. CARTABIA (2018, 13).

³¹ La Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, con la sentenza n. 217/3/15 del 12 maggio 2015.

³² Ai sensi del quale «Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione».

³³ Secondo PINARDI, la decisione in discorso non ha posto in essere un bilanciamento equilibrato. Sul punto si veda PINARDI (2015, 230).

³⁴ Cfr. D'AMICO (2017, 12).

³⁵ Sulla sorpresa suscitata dall'adozione della sent. cost. n. 70 del 2015 si veda LIETO (2015, 1 e ss).

³⁶ Si veda sul punto, *amplius*, D'AMICO (2019, 1 ss). Ancora, si veda PARIS (2018, 8 ss).

re, come si accennava nella parte introduttiva del presente scritto, sembra che la Consulta abbia statuito di adottare una tipologia decisionale molto vicina alla struttura e alla *ratio* di fondo delle decisioni di incompatibilità tedesche³⁷.

L'impianto argomentativo del Giudice costituzionale italiano suscita, in un'ottica comparativa, ampio interesse per due ragioni: in primo luogo per l'assenza di una disciplina che attribuisca specificamente al Tribunale costituzionale il potere di modulare nel tempo gli effetti, così come nel caso della giustizia costituzionale italiana. Si consideri infatti che la legge sul funzionamento del *BVerfG* (il *BVerfGG*) non prevede in alcun modo la decisione di incompatibilità: essa non è regolamentata, ad eccezione della previsione, agli artt. 31, secondo comma, e 79, primo comma, della possibilità di dichiarare la norma non solo «nulla», ma anche «incompatibile»³⁸. Tale previsione è il frutto della riforma del *BVerfGG* intervenuta nel 1970, a più di dieci anni dall'adozione della prima decisione di incompatibilità, risalente al 1958.

In secondo luogo per lo sviluppo, in via pretoria, di uno strumentario decisionale finalizzato al contenimento *sui generis* dell'efficacia retroattiva tipica della declaratoria di incostituzionalità; tale prassi «temporalmente manipolativa», lo si è visto, contraddistingue, sin dagli anni '80, anche la giurisprudenza costituzionale italiana.

Si evidenzia, peraltro, che lo studio della prassi del differimento e della manipolazione degli effetti operati dal Tribunale di Karlsruhe non costituisce un *novum*, ma anzi, come si è in parte già visto, interessa e suggestiona la dottrina italiana da tempo³⁹.

Prima di procedere all'analisi delle analogie di fondo tra l'ordinanza n. 207 del 2018 e la decisione di incompatibilità, chi scrive intende mettere in luce le caratteristiche principali di quest'ultima.

In linea generale, e ciò accomuna tutte le possibili varianti della decisione di incompatibilità, mediante la stessa *BVerfG* non dichiara la nullità della norma, come invece accade con riferimento alla *Nichtigkeitserklärung*, ma ne dichiara, appunto, la mera incompatibilità, così ordinando contestualmente al legislatore di porre in essere una riforma costituzionalmente conforme; la riforma del legislatore potrà avere effetto retroattivo (fino al momento dell'adozione della decisione oppure fino al momento dell'entrata in vigore della norma) o effetto meramente proattivo (come nel caso della dichiarazione

³⁷ Cfr. BIGNAMI (2018).

³⁸ Sul punto, si veda diffusamente D'AMICO (2017, 41).

³⁹ In tal senso si veda PALADIN (1989, 7).

dell'incompatibilità della norma rilevante in ambito tributaristico⁴⁰) a seconda del caso specifico.

L'obbligo in discorso, che grava in capo al Parlamento, prende il nome di *Nachbesserungspflicht*⁴¹, ovvero «dovere di riforma»⁴².

Secondo la dottrina maggioritaria e secondo il *BVerfG*⁴³ il fondamento normativo della *Unvereinbarkeitserklärung* (e delle sue varianti, di cui si tratterà nel prosieguo) consiste nell'art. 35 del *BVerfGG*⁴⁴, per il tramite del quale il *BVerfG* può «regolare la forma e le modalità di esecuzione delle sue sentenze»⁴⁵.

Il Giudice delle leggi tedesco, al fine di confinare i tempi di intervento del legislatore, pone di regola un termine entro il quale lo stesso è tenuto a riformare la disciplina incostituzionale.

Il c.d. *Frist* rappresenta una tecnica di cooperazione tra il Giudice costituzionale e l'organo titolare del potere legislativo di peculiare importanza: si evidenzia, tuttavia, che esso non pone alcun vincolo giuridico in capo al legislatore, dal momento che il *BVerfG* (pur essendosi facoltizzato a «gestire», come si vedrà, il mancato rispetto del c.d. *Nachbesserungspflicht*) non può agire al posto dello stesso.

Pertanto, il legislatore potrebbe anche stabilire di non attivarsi nonostante l'intervenuta dichiarazione dell'incompatibilità: eppure, l'inottemperanza da parte del legislatore all'ordine del Tribunale costituzionale federale non pare trovare ampio riscontro nella prassi, e ciò in ragione dell'«attivismo» del Parlamento tedesco⁴⁶.

Gli effetti concreti dell'inosservanza del termine non sono chiari.

Secondo parte della dottrina all'inosservanza del termine non consegue l'automatica nullità della norma dichiarata incompatibile, essendo necessario investire il Tribunale costituzionale federale di un'ulteriore questione di legittimità costituzionale⁴⁷; secondo altra parte della dottrina, invece, la nullità del-

⁴⁰ Si veda diffusamente RÖRIG (2017, 47 ss).

⁴¹ Sul punto si veda CERRINA FERONI (2002, 297).

⁴² Come si può vedere, tale tecnica decisionale diverge dalla «sentenza monito» italiana, dal momento che, in primo luogo, l'incostituzionalità della norma viene espressamente dichiarata (pur nella forma dell'*incompatibilità*), e, in secondo luogo, in quanto la conseguenza diretta (forse principale) dell'adozione di tale tipologia decisionale consiste proprio nella nascita di un obbligo espresso in capo all'organo titolare del potere legislativo.

⁴³ Sul punto si veda ROTH (1999, 502).

⁴⁴ Secondo il quale «Il *Bundesverfassungsgericht* può stabilire nella sua decisione a chi spetta la sua esecuzione: può anche stabilire nel caso di specie la tipologia e la modalità dell'esecuzione».

⁴⁵ Si veda a tal proposito PALADIN (1989, 8).

⁴⁶ Sul punto si veda RÖRIG (2017, 54-55); sul tema della sinergia tra *BVerfG* e legislatore si veda LUCIANI (1989, 111).

⁴⁷ CERRINA FERONI (2012, 322).

la norma incompatibile «scatta» qualora il *BVerfG* non disponga diversamente (ad esempio, disponendo un ulteriore termine)⁴⁸.

In caso di inerzia legislativa vi è comunque la possibilità da parte dei giudici di decidere conformemente a Costituzione⁴⁹.

Chi scrive ritiene che la forza persuasiva del *Frist* tragga il proprio fondamento dalla *ratio* dello stesso, cioè a dire quella di garantire, pur nel contesto dell'intervenuta dichiarazione di incompatibilità della norma sospettata del vizio di legittimità costituzionale, il rispetto dello spazio discrezionale del legislatore⁵⁰.

In altri termini, «non tutti i casi di incostituzionalità possono essere risolti in maniera soddisfacente, tramite la nullità *ex tunc*, poiché le lacune che nascerebbero nell'ordinamento creerebbero una situazione né oggettivamente opportuna, né corrispondente alla volontà del legislatore»⁵¹.

Il *BVerfG* adotta la decisione di incompatibilità in due macro-casi specifici⁵², e cioè a dire qualora si assista alla violazione del principio di uguaglianza e quando l'effetto tipicamente retroattivo della declaratoria di incostituzionalità incida negativamente sulla «tenuta» dell'ordinamento dello Stato, oppure su beni giuridici⁵³.

La decisione di incompatibilità può dividersi, sulla base della struttura delle stesse, in più varianti.

In primo luogo vi sono le decisioni di incompatibilità «pure», che prevedono in capo ai giudici comuni il blocco di applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all'adempimento da parte del legislatore dell'obbligo di riforma; tale variante decisionale viene solitamente adottata nei casi in cui venga accertata e dichiarata la violazione del principio di uguaglianza, oppure qualora l'applicazione «ultrattiva» della norma dichiarata incompatibile possa risultare lesiva di situazioni costituzionali meritevoli di tutela. In secondo luogo si registrano le decisioni di incompatibilità che, come anticipato, «protraggono» l'effi-

⁴⁸ Cfr. RÖRIG (2017, 55).

⁴⁹ In questo senso si veda SCHLAICH, KORIOTH (2018, 336); si permetta di rinviare a FIANO (2018, 4).

⁵⁰ Un recente esempio di collaborazione tra legislatore e Tribunale costituzionale federale che può essere richiamato alla mente è quello relativo alla dichiarazione dell'incostituzionalità della legge anagrafica tedesca nella parte in cui non consente, alle persone che lo richiedano, l'iscrizione nello stato civile come appartenenti a un «terzo sesso», distinto da quello maschile e femminile: e ciò a dimostrazione del fatto che nonostante il termine statuito dal *BVerfG* non abbia alcun tipo di valenza di tipo giuridico, esso pare comunque manifestarsi nei termini di un'autentica *moral suasion*.

⁵¹ Così D'Orazio (1989, 367), che riprende RITTERSPACH (1982, 121).

⁵² Vi sono casi ulteriori in cui il *BVerfG* ravvisa l'esigenza di adottare le decisioni di incompatibilità, ad esempio nel caso in cui vi sia un'omissione legislativa incostituzionale e nel caso in cui risulti necessario rispettare la sfera discrezionale legislatore. Si permetta di rinviare, sul punto, a FIANO (2018, 507 e ss.)

⁵³ Così CERRINA FERONI (2002, 192-204).

cacia e la validità della norma dichiarata incompatibile, con ciò stesso prevedendo l'applicazione della stessa al fine, ad esempio, di tutelare l'integrità dell'ordinamento. Infine, il *BVerfG* ha previsto altresì le decisioni di incompatibilità integrate da una disciplina transitoria volte a evitare che della mancata applicazione della norma incompatibile o, al contrario, dall'applicazione della stessa, possa derivare una «maggiore incostituzionalità».

6. L'ORD. N. 207 DEL 2018: LA VICINANZA RISPETTO AL MODELLO TEDESCO

L'ord. n. 207 del 2018 costituisce una pronuncia «all'apparenza minimamente invasiva»⁵⁴ eppure del tutto innovativa: si tratta infatti del primo caso in cui la Corte costituzionale, a fronte dell'accertamento (pur *sui generis*) dell'incostituzionalità della disciplina sul fine vita⁵⁵, indirizza al legislatore un appello rinviando la trattazione della questione di legittimità costituzionale ad un momento successivo⁵⁶.

Nello specifico, come noto, il Giudice delle leggi è stato chiamato a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., per ritenuto contrasto con gli artt. 2, 13, primo comma, e 117 Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU, così intervenendo sul c.d. caso «Cappato».

La Corte costituzionale non ha esitato a qualificare la tecnica decisionale in senso rivoluzionario: afferma infatti che «in situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale»⁵⁷.

Ebbene, la tipologia decisionale «ad incostituzionalità differita»⁵⁸ *de qua* presenta alcuni profili comuni alle decisioni di incompatibilità.

⁵⁴ Sul punto si veda PICCHI (2018, 13).

⁵⁵ Il Giudice delle leggi è stato chiamato ad intervenire su un tema cruciale: si veda, sul punto, MORRONE (2018, 3).

⁵⁶ Su come la Corte costituzionale ha inteso procedimentalizzare il proprio rapporto con il legislatore si veda PICCHI (2018, 9 e ss.) A proposito della mancata condivisione da parte della Corte costituzionale della pronuncia richiesta dal giudice *a quo* si rinvia a BRESCIANI (2018, 5-7).

⁵⁷ Cons. in dir. al p.to 11.

⁵⁸ Cfr. BIGNAMI (2018); si veda anche CUPELLI (2018).

Occorre prima di tutto però segnalare che l'ordinanza in discorso consiste in un'ordinanza motivata di rinvio⁵⁹: essa non dichiara pertanto l'incostituzionalità della norma, ove invece la decisione di incompatibilità tedesca si qualifica per il fatto non solo di accertare il vizio di legittimità costituzionale di una norma, ma anche (e soprattutto) di dichiararne l'incompatibilità con la Legge fondamentale⁶⁰.

Per quanto attiene ai profili strutturali, si segnala la previsione di un termine in capo al legislatore, entro il quale quest'ultimo è tenuto «a intervenire con un'appropriata disciplina», similmente a quanto è solito disporre il *BVerfG* nel caso in cui adotti una decisione di incompatibilità. Di qui, la chiara rilevanza attribuita dalla Corte costituzionale alla discrezionalità legislativa⁶¹ (seppure entro il confine tracciato dal Giudice delle leggi, vale a dire quello relativo al perfezionamento della l. n. 219 del 2017), così come nel caso delle decisioni di incompatibilità: la loro peculiare struttura è infatti volta precisamente a creare un canale di interazione con il legislatore qualora quest'ultimo abbia la possibilità di scegliere la modalità di rimozione del vizio di legittimità costituzionale⁶².

Per quanto riguarda invece la *ratio* che ha condotto il Giudice delle leggi a forgiare questo nuovo modello decisionale, si segnala che essa sembra avvicinarsi di non poco momento ad una tra quelle che si pongono a fondamento delle decisioni di incompatibilità, cioè a dire quella delle «conseguenze giuridiche».

Afferma infatti il Giudice delle leggi che «al riscontrato vulnus ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte. Una simile soluzione lascerebbe, infatti, del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto

⁵⁹ Si veda *BIGNAMI* (2018).

⁶⁰ Sulla differenza tra decisione di incompatibilità tedesca e l'ordinanza in discorso cfr. *BIGNAMI* (2018); si permetta di rinviare inoltre a *FIANO* (2018, 5).

⁶¹ Sul tema dello spazio discrezionale (pur qualificato quale relativo) lasciato al legislatore si veda *PICCHI* (2018, 3 e ss.). Rispetto al possibile seguito dell'ordinanza si veda *ADAMO* (2018).

⁶² Sulla necessità di prevedere strumenti di raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento si rinvia alla riflessione di *D'AMICO* (2016, 21-26). Si consideri che Autorevole dottrina ha mostrato dubbi rispetto alla possibilità che la dichiarazione di incompatibilità possa preservare lo spazio discrezionale del legislatore; il solo fatto di prevedere un termine di «miglioramento della norma dichiarata incompatibile» non tutela la libertà di scelta del legislatore, la quale può essere certamente compressa qualora vi sia la scadenza infruttuosa del termine e qualora lo stesso Giudice costituzionale individui autonomamente alcune opzioni legislative. Sul punto, con specifico riferimento all'ordinanza n. 207 del 2018, si veda *PICCHI* (2018, 13).

materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi»⁶³.

Come è possibile dedurre dal passaggio appena riportato, la decisione di accoglimento è parsa alla Corte costituzionale «eccessiva» quanto agli effetti da essa concretamente scaturenti.

In altri termini, la dichiarazione di incostituzionalità della norma disciplinante l'istigazione o aiuto al suicidio avrebbe comportato conseguenze inaccettabili per l'ordinamento; di fatto, la cautela mostrata dalla Corte costituzionale potrebbe rientrare nella categoria generale del timore (spesso rinvenibile nella prassi del *BVerfG*) di creare – mediante l'adozione della decisione di nullità – situazioni di «maggiore incostituzionalità», connotate da possibili vuoti di tutela.

Con riferimento, più nello specifico, alla struttura che caratterizza la decisione di incompatibilità «pura», si consideri, al fine di sottolinearne la vicinanza, che il giudizio *a quo*, come affermato dalla Corte costituzionale, «rimarrà sospeso»⁶⁴.

Ancora, nel caso della decisione di incompatibilità pura, una tra le conseguenze tipiche è quella della sospensione dei giudizi «paralleli», ovvero quelli in cui rilevi la medesima questione di legittimità costituzionale; allo stesso modo il Giudice delle leggi ha affermato nel caso di specie che «negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua»⁶⁵.

Infine, sembrano proprio essere due le finalità che la Corte costituzionale ha inteso perseguire: «per un verso, evitare che la norma possa trovare ancora compiuta applicazione in vicende analoghe e, per altro verso, lasciare al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni esercitando il suo potere discrezionale»⁶⁶. Le analogie con la decisione di incompatibilità «pura» sembrano essere particolarmente evidenti.

⁶³ Cons. in dir. al p.to 10.

⁶⁴ In questo caso la sospensione non è condizionata al futuro intervento del legislatore, bensì alla futura riassunzione del giudizio costituzionale; eppure, occorre sottolinearlo, la riassunzione del processo davanti alla Corte costituzionale viene fatta auspicabilmente coincidere dalla Corte costituzionale con l'intervento da parte del legislatore; si rinvia, per un approfondimento, a BIGNAMI (2018).

⁶⁵ Cons. in dir. al p.to 11. Sul punto, in senso critico, si veda RUGGERI (2018, 574); *contra* BIGNAMI. (2018).

⁶⁶ Cfr. PICCHI (2018, 11).

7. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In conclusione, chi scrive ritiene di potere affermare che la Corte costituzionale, con riferimento all'ord. n. 207 del 2018, rendendosi «attendista»⁶⁷, abbia scelto di introdurre in via pretoria – con una certa incisività – la tecnica della modulazione degli effetti temporali.

Si consideri che è precisamente l'introduzione di un *modus decidendi praeter legem* connotato dall'appello (o monito «rafforzato», che dir si voglia) al legislatore e dalla contestuale/consequente gestione dell'efficacia temporale ad avvicinare la prassi del *BVerfG* a quella della Corte costituzionale: anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, come si è visto, ha arricchito il proprio arsenale decisionale introducendovi proprio la decisione di incompatibilità⁶⁸, e ciò quando (e ciò maggiormente rileva) la nullità della norma incostituzionale costituiva l'unica reazione dell'ordinamento all'incostituzionalità della legge.

8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (1993), *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo 81 u.c., della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano.
- ADAMO, U. (2018), «La Corte è “attendista”...“facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”», Nota a Corte cost., ord. n. 207, in *forumcostituzionale.it*.
- ANZON DEMMING (2015), «Elogio della sentenza. n. 10 del 2015», in *forumcostituzionale.it*.
- BIFULCO, R.; CELOTTO, A.; OLIVETTI, M. (Ed.) (2006), «art. 136 Cost.», *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino.
- BIGNAMI, M. (2018), «Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita», in *questionegiustizia.it*.
- BIN, R. (2015), «Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole degradano in principi», in *forumcostituzionale.it*.
- BRESCIANI, P. F. (2018), «Termini di giustificabilità del reato al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli (Nota a Corte cost., ord. n. 2017/2018)», in *forumcostituzionale.it*.

⁶⁷ Cfr. ADAMO (2018).

⁶⁸ SCHLAICH, KORIOTH (2018, 320).

- CARAVITA, B. (1985), *Corte «Giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi, I, la Corte costituzionale austriaca*, CEDAM, Padova.
- CARTABIA, M. (2018), «Il giudice e lo studioso di fronte agli effetti delle decisioni di incostituzionalità», in D'Amico, M.; Biondi, F. (Ed.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- CERRINA FERONI, G. (2002), *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino.
- COSTANZO, P. (1991), «Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989», in Romboli, R. (Ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino.
- CUPELLI, C. (2018), «Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte», in *penalecontemporaneo.it*.
- D'AMICO, M. (1993), *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano.
- (2015), «La Corte e l'applicazione (nel giudizio *a quo*) della legge dichiarata incostituzionale», in *forumcostituzionale.it*.
- (2016), «Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale», in *Rivista AIC*.
- (2017), «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni», in *gruppodipisa.it*.
- (2018), «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni», in D'Amico, M.; Biondi, F. (Ed.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- (2019), «Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale», in *www.forumcostituzionale.it*.
- D'ORAZIO, G. (1989), «Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- DONATI, F. (2018), «Il processo istruttorio nel processo costituzionale», in D'Amico, M.; Biondi, F. (Ed.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- FIANO, N. (2018), «Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco», in *forumcostituzionale.it*.
- (2018), «Il “governo” degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle Unvereinbarkeitserklärungen adottate dal Bundesverfassungsgericht», in D'Amico, M.; Biondi, F. (Ed.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- (2018), «Il *Bundesverfassungsgericht* e l'arte di differire gli effetti “finanziari” delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione delle norme incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla *Grundsteuer*», in *federalismi.it*.

- LIETO, S. (2015), «Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015», in *forumcostituzionale.it*.
- LUCIANI, M. (1989), «La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla corte costituzionale degli anni novanta», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- MEZZANOTTE, C. (1989), «Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- MORRONE, A. (2018), «Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista», in Morrone A. (Ed.), *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*.
- ONIDA, V. (2016), «Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?», in *Rivista AIC*, 9.
- PALADIN, L. (1989), «Introduzione ai lavori del seminario», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- PARIS, D. (2018), «Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale», in *cortisupremeesalute.it*.
- PICCHI, M. (2018), «“Leale collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale», in *osservatoriosullefonti.it*.
- PINARDI, R. (2015), «La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività», in *giurcost.org*.
- POLITI, F. (2006), «L’efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento nelle riflessioni della rivista “giurisprudenza costituzionale”», in Pace, A. (Ed.), *Corte e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo avversario*, Giuffrè, Milano.
- RITTERSPACH, T. (1982), *Legge sul Tribunale costituzionale della Repubblica federale di Germania*, Firenze.
- ROMBOLI, R. (2015), «L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo *a quo* la norma dichiarata incostituzionale *ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti», in *forumcostituzionale.it*.
- RÖRIG, M. T. (2017), «Germania», in Bottini, E.; Guerrero Picò, C.; Pasetto, S.; Rörig, M. T.; Torrisi, C., *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Corte costituzionale, Servizio studi.

- ROTH, W. (1999), *Grundlagen und Grenzen von Übergangsverordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in AÖR.
- RUGGERI, A. (1989), «*Vacatio sententiae*, “retroattività parziale” e nuovi tipi di pronunzie della corte costituzionale», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- (2015), «La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi», in *questionegiustizia.it*
- (2018), «Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)», in *giurcost.org*.
- RUOTOLO, M. (2000), *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Cedam, Padova.
- SCHLAICH, K.; KORIOTH S. (2018), *Das Bundesverfassungsgericht*, 336, C. H Beck, München.
- SEER, R. (1996), *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, 285, In NJW, 1996, Heft 5.
- SILVESTRI, G. (1989), «Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- ZAGREBELSKY, G. (1988), *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna.
- (1989), «Il controllo da parte della corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.

CORTE COSTITUZIONALE E SENTENZE DI ACCOGLIMENTO A RETROATTIVITÀ LIMITATA: ALLA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA STATO SOCIALE E SANITÀ DEI CONTI PUBBLICI

IGNAZIO SPADARO*
Università degli studi di Catania

SOMMARIO: 1. Il TFR nel pubblico impiego di nuovo all'esame della Corte costituzionale. 2. La parabola dello Stato sociale nella giurisprudenza della Corte costituzionale. 3. Corte costituzionale e sentenze di incostituzionalità differita: da manifestazione di *self-restraint* a rivendica di centralità. 4. Osservazioni critiche: mancato rispetto del principio di legalità e rischi di interferenza col potere politico. 5. *segue*: Elevazione dell'art. 81 Cost. a «super principio» e violazione di diritti individuali. 6. Stato sociale e prospettive del sindacato di costituzionalità tra politica e diritto. 7. Riferimenti bibliografici.

1. IL TFR NEL PUBBLICO IMPIEGO DI NUOVO ALL'ESAME DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Lo scorso 25 giugno la Corte costituzionale ha depositato le motivazioni della sentenza n. 159/2019¹, che ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di costituzionalità sollevate dal Tribunale di Roma con riferimento agli articoli 3, comma 2, del decreto legge n. 79/1997 e 12, com-

* Dottorando di ricerca in Giurisprudenza.

¹ Sentenza 17 aprile 2019, n. 159, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 3 luglio 2019, n. 27.

ma 7, del decreto legge n. 78/2010², che prevedono a vantaggio degli enti pubblici significative dilazioni nella corresponsione dei trattamenti di fine servizio. Più precisamente, il primo fissa un termine minimo di sei mesi per la liquidazione al lavoratore ed uno ancora più lungo, non superiore a nove, per gli eventuali eredi, mentre il secondo scandisce un piano di rateizzazione direttamente proporzionale all'importo. Tale disciplina, non contemplando neppure la maturazione di interessi, ed anzi espressamente ammettendo la possibilità di ulteriori ritardi³, comprime i diritti costituzionali alla retribuzione ed alla previdenza sociale (artt. 36 e 38 Cost.)⁴, risolvendosi, altresì, in una disparità di trattamento rispetto agli occupati nel settore privato, i cui contratti collettivi prevedono tempi assai più contenuti⁵. Non stupisce, allora, che analoghe questioni di legittimità fossero state già ripetutamente sollevate in passato, benché poi dichiarate manifestamente inammissibili per difetto di rilevanza nei rispettivi giudizi *a quibus*⁶. Stavolta, tuttavia, le cose avrebbero potuto andare in modo diverso, atteso che la parte attrice aveva già maturato i requisiti per il pensionamento; pertanto, un'eventuale sentenza di accoglimento avrebbe avuto l'effetto di rendere il credito esigibile. Ciò presumibilmente avrebbe dato la stura ad analoghe richieste da parte di tutti coloro che fossero ancora in attesa del pagamento o che, già soddisfatti, si assumessero comunque danneggiati dalla tardività dello stesso.

Così non è stato, poiché la Corte ha ritenuto che le norme in questione rispondano alla «esigenza di esercitare un prudente controllo sulla spesa, connotata all'intera disciplina del rapporto di lavoro pubblico» (§ 6). La vicenda, al di là dello specifico esito processuale, restituisce attualità ai problemi derivanti dalle cc.dd. «additive di prestazione»⁷ e, più in particolare, a quelli sulla effettiva praticabilità delle soluzioni adottate dalla Corte per porvi rimedio.

² Decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, conv. legge 28 maggio 1997, n. 140; decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, conv. legge 30 luglio 2010, n. 122.

³ V. l'art. 3, cit., il quale tuttavia prevede l'applicazione, in tale ipotesi, dell'ordinario regime moratorio.

⁴ In generale, com'è stato evidenziato in un'interrogazione parlamentare a risposta scritta, recentemente depositata alla Camera (n. 4/01041, dell'11 settembre 2018), l'attuale disciplina consente che «per ricevere una prima parte di Tfr si possa arrivare ad attendere due anni», mentre «per vedere l'ultima rata un dipendente pubblico arrivi ad aspettare anche 51 mesi». Per una esaustiva ricostruzione del quadro normativo, invero assai complesso e stratificato, v. la circ. INPS n. 73 del 5 giugno 2014.

⁵ Per una panoramica si rinvia a NOBILE (2018, § 3).

⁶ V. la sent. Cost. 8 ottobre 2012, n. 223, § 10, e la sent. Cost. 15 gennaio 2014, n. 7, § 3, aventi entrambe ad oggetto – tra gli altri – l'art. 12, cit., peraltro sulla base di censure ancora più ampie di quelle addotte nell'ordinanza capitolina.

⁷ La locuzione, com'è noto, è stata adottata da ELIA (1985, 314).

2. LA PARABOLA DELLO STATO SOCIALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Riguardata nel suo complesso, la giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali presenta un andamento non lineare. Nei suoi primi anni di attività, il Giudice delle leggi ha adottato una tendenziale cautela, mostrandosi, cioè, incline ad assecondare le scelte parlamentari, ora approvandole espressamente⁸, ora preservandole da eventuali «ripensamenti» dello stesso Governo⁹. E questo, beninteso, anche nelle ipotesi in cui ciò richiedesse un ridimensionamento, in chiave ermeneutica, delle corrispondenti garanzie costituzionali. Ad esempio, nella sentenza n. 105/1963 la Corte, pur aderendo ad una concezione del trattamento pensionistico come «retribuzione differita», cionondimeno ha riconosciuto ad esso un fine «essenzialmente» previdenziale, traendone elementi per ammetterne una quantificazione non perfettamente commisurata al «lavoro svolto» (art. 36 Cost.)¹⁰. A ciò si aggiunga che nel medesimo periodo è intervenuta la sentenza n. 1/1966¹¹, la quale, se da una parte ha censurato le norme oggetto di giudizio, dall'altra ha però riconosciuto la possibilità di assumere l'indebitamento a fonte di copertura finanziaria, aprendo così la strada ad un utilizzo, di quest'ultimo, sempre più massiccio e frequente.

A partire dagli anni Settanta e per tutto il decennio successivo, mediante numerose pronunce di rigetto a contenuto monitorio (quasi sempre di «costituzionalità provvisoria»)¹², la Consulta intensifica, invece, il proprio *pressing* sul legislatore, affinché egli si muova nella direzione, che essa ritiene costituzionalmente obbligata, di un allargamento del *welfare* «graduale»¹³, ma costante. In

⁸ Cfr. la sent. Cost. 20 giugno 1964, n. 67, sull'utilità sociale degli allora «cantieri-scuola».

⁹ Cfr. la sent. Cost. 27 giugno 1963, n. 112, sul mantenimento del c.d. sistema previdenziale «ad isole» (ANDREONI, 1989, 25), e la sent. Cost. 26 febbraio 1964, n. 18, sul diritto ai supplementi pensionistici per i contributi versati dopo il collocamento a riposo.

¹⁰ Sent. Cost. 7 giugno 1963, n. 105, § 3, inerente un'ipotesi di cumulo.

¹¹ Sent. Cost. 7 gennaio 1966, n. 1, § 8. L'orientamento era destinato a consolidarsi: cfr., *ex multis* la sent. Cost. 6 gennaio 1987, n. 12, §§ 6-7.

¹² Cfr. la sent. Cost. 28 giugno 1973, n. 128, § 6, di rigetto ma recante «l'auspicio che l'attuale sistema [...] venga ulteriormente potenziato per la realizzazione di una più ampia ed effettiva sicurezza sociale», nonché, tra le «catene monitorie» (PEGORARO, 1987, 87) che si succedono infruttuosamente in questa fase, quella relativa all'assunzione dei disabili psichici, iniziata con la sent. Cost. 19 febbraio 1985, n. 52, § 6, e conclusasi con l'avvertenza che «le rilevate esigenze si sono fatte più pressanti e più urgenti [...] per cui la auspicata disciplina della materia è ormai indilazionabile», sicché «se [la Corte] sarà ancora una volta chiamata ad esaminare altri incidenti nella stessa materia, [essa] non potrà sottrarsi, superate ormai le esigenze contingenti del fenomeno, ad una decisione che applichi rigorosamente i precetti costituzionali» (sent. Cost. 30 novembre 1988, n. 1088, seguita infatti dalla sent. 31 gennaio 1990, n. 50, di accoglimento).

¹³ BENVENUTI (2012, 264) individua proprio nella «gradualità» dell'attuazione costituzionale, ma anche in un implicito divieto di *reformatio in peius* (anticipato già con la sent. Cost. n. 112/1963, cit.) l'argomento centrale delle sentenze emesse, *in subiecta materia*, nel corso degli anni Settanta.

diverse occasioni, tuttavia, la prolungata inerzia delle Camere induce la Corte ad emettere, infine, pronunce di accoglimento, le quali, indipendentemente dalla formula usata nel dispositivo (additiva, sostitutiva, di accoglimento totale o parziale), sono accomunate dalla circostanza di estendere determinate provvidenze o servizi a categorie di soggetti precedentemente escluse¹⁴. È emblematica dell'afflato iper-garantista che anima la giurisprudenza di questo periodo la «scoperta», in via ermeneutica, di «nuovi diritti sociali»¹⁵, come il diritto dei disabili alla socializzazione¹⁶ o quello del minore ad una famiglia¹⁷, oltre alla qualifica di alcuni di essi come «fondamentali» (o «inviolabili»): è il caso, ad esempio, del diritto alla salubrità dell'ambiente¹⁸ o di quello all'abitazione (quest'ultimo, peraltro, in esito ad un consapevole *revirement*)¹⁹.

Sul crinale degli anni Novanta, com'è noto, la vivace reazione del mondo politico²⁰ e la presa di coscienza di alcune distorsioni cui i suddetti orientamenti avevano dato luogo²¹ hanno indotto la Corte a tornare, almeno in parte, sui propri passi. Riconosciuto il «risanamento della finanza pubblica» come «valore costituzionalmente tutelato»²², essa lo ha ritenuto suscettibile di bilanciamento con i diritti individuali, la cui concreta attuazione sarebbe, quindi, doverosa solo nei limiti della «possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie»²³. Allo stesso tempo, la Corte ha ammesso che solo al Parlamento spetta, dopo aver misurato «le effettive disponibilità e gli interessi con esse gradualmente soddisfattibili», decidere come «rapportare mezzi a fini», fissando, cioè, i limiti entro cui ciascun diritto sociale, ancorché contemplato in Costituzione, sia concretamente «giustiziabile»²⁴. È evidente che

¹⁴ V. *ex multis*, oltre a quelle richiamate nelle note subito successive e senza alcuna pretesa di completezza, le sentt. Cost. 6 maggio 1987, n. 154; 4 giugno 1987, n. 226; 8 luglio 1987, n. 286; 28 ottobre 1987, n. 431; 10 dicembre 1987, nn. 559 e 561; 11 dicembre 1987, n. 575; 4 luglio 1988, n. 822; 30 novembre 1988, n. 1086; 15 dicembre 1988, n. 1144; 22 febbraio 1989, n. 81.

¹⁵ Lo osserva, in particolare, BENVENUTI (2012, 268).

¹⁶ Sent. Cost. 3 giugno 1987, n. 215, § 7.

¹⁷ Sent. Cost. 1° luglio 1986, n. 198, § 7 e sent. Cost. 10 febbraio 1988, n. 183, § 4, cui cfr. già la sent. Cost. 29 gennaio 1981, n. 11.

¹⁸ V. la sent. Cost. 22 maggio 1987, n. 210, § 4.2, cui *adde* poi le sentt. Cost. 17 dicembre 1987, n. 641, e 30 dicembre 1987, n. 617.

¹⁹ Sent. Cost. 11 febbraio 1988, n. 217, § 5.1, e sent. Cost. 24 marzo 1988, n. 404, § 3 (cui cfr. i precedenti richiamati *ibid.*, § 4).

²⁰ V. in particolare le polemiche con gli allora Ministri del Tesoro, ricordate da DONATI (1995, 599-600).

²¹ Già nel 1983, pur difendendo l'atteggiamento interventista assunto in quegli anni dal Collegio, il suo presidente ELIA (1983, 20) aveva ammesso che potessero ingenerarsi «risultati opposti ai propositi», di tipo assistenzialistico e neocorporativo.

²² SAJA (1990, 68).

²³ Sent. Cost. 26 settembre 1990, n. 455, § 3, cui cfr. la fortunata locuzione «diritti finanziariamente condizionati», elaborata da MERUSI (1990, 30).

²⁴ In questi termini già la sent. Cost. 1989, n. 252, § 3, cui cfr. poi le sentt. Cost. 5 maggio 1993, n. 243; 27 aprile 1994, n. 169; 22 marzo 1995, n. 99; 15 aprile 1996, n. 121.

tale orientamento comporta una riduzione degli spazi del sindacato di costituzionalità, il quale – si è, infatti, affermato – potrebbe censurare le sole scelte regolatorie che intacchino i diritti nel loro «nucleo essenziale»²⁵. Non è un caso che proprio in questi anni si faccia strada l'idea secondo cui, allorché la Corte rilevi discriminazioni nel godimento dei diritti sociali, essa possa rimediare in modo speculare a quanto fatto in precedenza, mediante, cioè, un livellamento «al ribasso»²⁶.

3. CORTE COSTITUZIONALE E SENTENZE DI INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA: DA MANIFESTAZIONE DI *SELF-RESTRAINT* A RIVENDICA DI CENTRALITÀ

La segnalata maggior sensibilità della Corte per le ricadute erariali delle proprie pronunce non si è tradotta in un radicale abbandono delle additive di prestazione, di cui, anzi, anche in anni recenti si sono registrati esempi: si pensi alla sentenza n. 213/2016²⁷, che ha esteso ai conviventi *more uxorio* di disabili gravi i medesimi permessi lavorativi retribuiti già previsti per l'assistenza al coniuge, oppure alla n. 275/2016²⁸, in tema di trasporto pubblico degli studenti disabili. Cionondimeno, essa ha indotto il Giudice delle leggi ad intensificare il ricorso alle additive di principio²⁹, oltre che ad elaborare un nuovo schema decisionale: la limitazione, *pro praeterito*, degli effetti delle sentenze di accoglimento³⁰. Entrambe queste tipologie di pronunce, infatti, pur rientrando nel *genus* delle «sentenze di spesa»³¹, risultano tuttavia meno impattan-

²⁵ Così, con particolare riferimento al diritto alla salute, la sent. Cost. 6 luglio 1994, n. 304, § 5. La possibilità di limitare la garanzia costituzionale al solo contenuto «minimo» o «irriducibile» dei vari diritti sociali sembra divenire il *leit-motiv* della giurisprudenza successiva, specie nel nuovo millennio (BENVENUTI, 2012, 281).

²⁶ Sent. Cost. 6 settembre 1995, n. 421, § 4, in tema di previdenza sociale, nella quale si legge che l'«evoluzione della coscienza sociale» e la «grave crisi della finanza pubblica» rendono «sempre meno sopportabili i costi di sentenze generalizzatrici di trattamenti di favore». Essa, invero, fa concreta applicazione di un principio anticipato già dalle sentt. Cost. 29 maggio 1995, n. 219, e 10 febbraio 1994, n. 62, oltre che da diverse ordinanze emesse nei due decenni precedenti, ma fino a quel momento – per stessa ammissione della Corte – scarsamente valorizzato.

²⁷ Sent. Cost. 5 luglio 2016, n. 213.

²⁸ Sent. 19 ottobre 2016, n. 275.

²⁹ Per la definizione delle additive di principio quali «varianti 'miti' delle additive di prestazione» v. SALAZAR (2013, 8).

³⁰ V., anzitutto, la sent. Cost. 8 marzo 1988, n. 266, e la sent. Cost. 21 aprile 1988, n. 501. Tra le prime pronunce di questo genere emanate nel nuovo millennio v. invece le sentt. Cost. 17 dicembre 2003, n. 370, e 18 dicembre 2003 (dep. 2004), n. 13, oltre ovviamente alla sentenza n. 10/2015, su cui v. subito nel testo.

³¹ PINARDI (2015a, 1); RUOTOLO, CAREDDA (2015, 490).

ti, per così dire, delle additive di prestazione «semplici»: le prime perché, come opportunamente osservato in dottrina³², generano «meri effetti contabili», la cui concreta quantificazione resta rimessa al legislatore; quelle «temporalmente manipolative»³³ perché, pur generando «obblighi costituzionali di spesa» in sé perfetti, fanno salvi i rapporti pendenti e consegnano, inoltre, a Governo e Parlamento un certo margine di tempo per il reperimento delle relative coperture.

Con particolare riguardo alle sentenze di incostituzionalità differita, che costituiscono oggetto delle presenti riflessioni, deve anzitutto segnalarsi un parziale mutamento della *ratio* ad esse sottesa. L'*excursus* giurisprudenziale poc'anzi operato sembra suggerire che la modulazione degli effetti temporali dei dispositivi di accoglimento si sia storicamente affermata come manifestazione di *self-restraint* nei confronti del potere politico e, in particolare, della funzione di indirizzo politico-economico propria di Governo e Parlamento. Senonché, l'impressione che si è tentati di trarre dalla prima pronuncia in cui tale orientamento è stato compiutamente argomentato, la n. 10/2015, è alquanto diversa. In tale occasione, infatti, il Giudice delle leggi, mentre ha fatto solo un fugace riferimento all'intenzione di evitare la «necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva»³⁴, quale conseguenza delle maggiori spese derivanti dalla naturale retroattività dell'annullamento, si è invece ampiamente soffermato sulla rivendica del proprio ruolo di «custode» della Carta fondamentale «nella sua integralità», desumendo, *in primis*, proprio da questo dato il «compito» di «evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge determini [...] effetti ancor più incompatibili con la Costituzione»³⁵. Il riferimento è, nel testo, alle ipotesi in cui la caducazione della norma incostituzionale, operando *ex tunc*, sacrificherebbe «irrimediabilmente» altri interessi meritevoli di tutela, tra cui, per l'appunto, la sanità dei conti pubblici.

Invero, non sembra che ai fini della decisione abbia avuto un peso determinante l'inserimento, nell'art. 81 Cost., dei principi di equilibrio di bilancio (comma 1) e sostenibilità del debito pubblico (comma 2). Certo, nella sentenza n. 10/2015 essi vengono puntualmente invocati a sostegno della irretroattività del dispositivo, ma tale pronuncia li ritiene soltanto «riaffermati» dalla legge cost. n. 1/2012, anziché introdotti *ex novo*³⁶. E in effetti, allorché si getti uno

³² PALATUCCI (2006, 667).

³³ PINARDI (1993, 167).

³⁴ *Ibid.*, § 8.

³⁵ *Ibid.*, § 7, che *in parte qua* riprende a sua volta la sent. Cost. 13/2004, § 4, cui cfr., *mutatis mutandis*, l'analoga soluzione adottata, nella giurisprudenza amministrativa, dalla sent. Cons. St. 10 maggio 2011, n. 2755.

³⁶ *Ibid.*, § 8.

sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritti sociali, difficilmente il biennio 2013-2014, di entrata a regime della novella, potrebbe assumersi a vero e proprio spartiacque: come si diceva, le sentenze di incostituzionalità differita avevano fatto la propria comparsa quasi trent'anni prima; per contro, anche in epoca successiva non sono mancate decisioni in cui il Giudice delle leggi ha applicato scrupolosamente i parametri costituzionali senza preoccuparsi dei relativi costi³⁷.

4. OSSERVAZIONI CRITICHE: MANCATO RISPETTO DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E RISCHI DI INTERFERENZA COL POTERE POLITICO

Alla modulazione temporale delle sentenze di accoglimento sono stati mossi, anche in anni recenti, tre ordini di critiche.

Il primo attiene alla stessa spettanza, alla Corte, di un tale potere. Sul piano esegetico diversi Autori hanno infatti evidenziato il difetto di qualsiasi previsione in tal senso³⁸, stante, anzi, la contrarietà espressa dapprima dall'Assemblea costituente e, poi, dal Parlamento³⁹. Del resto, si è altresì osservato, in presenza di una sentenza di accoglimento la caducazione delle norme non è formalmente disposta dal Collegio, bensì deriva dal divieto di applicazione delle norme illegittime, posto ai giudici comuni direttamente dalla legge (art. 30, co. 3, legge n. 87/1953, attuativo dell'art. 136 Cost.)⁴⁰; divieto al quale soltanto lo stesso legislatore potrebbe astrattamente derogare⁴¹. Secondo parte della dottrina⁴², anzi, sarebbe proprio tale circostanza ad aver determinato la Corte ad adottare, per il differimento degli effetti, dispositivi formalmente identici a quelli utilizzati nelle «normali» ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta e, con specifico riguardo alla decisione del 2015, a fondare il proprio ragionamento sulla propria funzione di garanzia, in generale, anziché su puntuali previsioni normative. Senonché, entrambe queste scelte lasciano trasparire una certa debolezza argomentativa. La prima è, evidentemente, una forzatu-

³⁷ Sul tema v. CIANCIO (2018, 606-607).

³⁸ V. in particolare SILVESTRI (1994, 157) e BIN (2015, 3). In giurisprudenza, ne ha ricavato un argomento a favore della propria «ribellione», al termine del giudizio che aveva occasionato la sent. Cost. 10/2015, la sent. Comm. trib. Reggio Emilia 14 maggio 2015, n. 217, § 4 *in fine*.

³⁹ Cfr. PARODI (2006, 2665).

⁴⁰ Così SANDULLI (1959, 43) e, più di recente, ZAGREBELSKY, MARCENÒ (2012, 259).

⁴¹ Ne è convinto già PACE (1989, 54).

⁴² V. in particolare PANIZZA (2015, 2).

ra⁴³: il caso in cui un mutamento delle circostanze, di fatto o di diritto, renda incostituzionale una norma che fino a quel momento non lo era (incostituzionalità sopravvenuta) è, infatti, ben diverso da quello in cui un atto sia, invece, illegittimo *ab origine* e, ciononostante, si ritenga preferibile prolungarne l'applicabilità ai rapporti sorti prima di una certa data (incostituzionalità differita). Quanto, poi, al ruolo del Giudice delle leggi all'interno del sistema, sul piano argomentativo esso merita di essere quantomeno ridimensionato, specie in ordine alla possibilità di desumerne «poteri impliciti»⁴⁴. Occorre, infatti, tenere presente che la Consulta, se da una parte non è l'unica «custode» della legalità costituzionale, cui è deputato, altresì, il Presidente della Repubblica, dall'altra non può neppure elevarsi a «giustiziera». Al contrario, la disciplina delle sue attribuzioni consente che queste siano esercitate solo in ipotesi tassative e circoscritte: si consideri, oltre al generale richiamo operato in tal senso dall'art. 1 della legge cost. n. 1/1953⁴⁵, al carattere tipico e non officioso dei giudizi (art. 134 Cost. e art. 2 l. cost. 1/1953), all'espresso divieto di valutazioni politiche (art. 28 l. 87/1953), alla necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato (con la sola eccezione, a sua volta puntualmente prevista dall'art. 27 l. 87/1953, della c.d. incostituzionalità consequenziale).

Sotto altro profilo, alcuni giuristi⁴⁶ hanno fondatamente osservato che la irretroattività dell'annullamento tende a frustrare quel caposaldo del diritto processuale costituzionale dato dalla incidentalità dei giudizi di legittimità *ex art. 1 legge cost. n. 1/1948*: una pronuncia efficace solo *pro futuro* è, infatti, per definizione priva di influenza su un procedimento, come quello *a quo*, incentrato su rapporti già pendenti. Sul piano dogmatico, ciò sembra particolarmente gravido di conseguenze, atteso che proprio la scrupolosa osservanza delle norme di procedura, nella misura in cui favorisce un controllo politico «diffuso» sul corretto svolgimento della funzione, tende a compensare il parziale *deficit* di legittimazione democratica insito negli attuali meccanismi di selezione dei giudici costituzionali⁴⁷. Controllo che, mette conto aggiungere, pare

⁴³ In questo senso già RUFFINO (1989, 290), PISANESCHI (1989, 300) e POLITI (1991, 2934).

⁴⁴ La tesi fu a suo tempo sostenuta da SILVESTRI (1989, 47 ss.), MEZZANOTTE (1989, 39 ss.), LUCIANI (1989, 105 ss.) e ONIDA (1989, 335 ss.).

⁴⁵ Legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, a norma del cui primo articolo «La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali».

⁴⁶ V. in particolare RUGGERI (2015, 636 ss.), PINARDI (2015b, 229) e DI COSIMO (2016, 6).

⁴⁷ In questo senso già ZAGREBELSKY (1991, 105 ss.), cui *adde*, più di recente, ROMBOLI (2015b, 3) e D'AMICO (2015b, 690).

tanto più opportuno in assenza di qualsiasi possibilità di verifica delle relative decisioni in sede, ad esempio, impugnatoria⁴⁸.

Infine, giova ricordare che la sentenza che accoglie una certa questione di legittimità, al pari di qualunque altra sopravvenienza, non spoglia Parlamento e Governo del potere-dovere di assicurare il riparto ottimale delle risorse disponibili, scegliendo, ogni volta, tra le innumerevoli combinazioni possibili. Si tratta di una prerogativa che costituisce, anzi, il tratto caratterizzante della stessa funzione di indirizzo politico e che proprio la «supplenza» regolatoria della Corte, con i relativi *distinguo* cronologici, contribuirebbe a comprimere⁴⁹. In quest'ottica, sembra pertanto condivisibile la critica di chi ha ritenuto che, limitando la retroattività delle proprie pronunce allo scopo di conseguire un risparmio di spesa, il Giudice delle leggi si carichi «di un compito che non [gli] compete» (Romboli, 2015b, 16)⁵⁰, finendo, altresì, per esercitare un sostanziale «potere costituente» (Ruggeri, 2015, 638).

5. *SEGUE*: ELEVAZIONE DELL'ART. 81 COST. A «SUPER PRINCIPIO» E VIOLAZIONE DI DIRITTI INDIVIDUALI

Ancora con riguardo alla sentenza n. 10/2015 e, più in generale, al differimento degli effetti dell'annullamento, parte della dottrina ha criticato il rigore con cui la Corte ha mostrato di interpretare il nuovo art. 81 Cost. Quest'ultimo, infatti, se da una parte richiama l'attenzione delle Camere sulle esigenze di contenimento della spesa, dall'altra prevede espressamente che l'equilibrio di bilancio sia perseguito tenendo conto del complessivo «ciclo» economico, ammettendo, inoltre, il ricorso al debito qualora ciò sia necessitato da «fasi avverse» o «eventi eccezionali», con l'unica condizione che attorno a tali decisioni maturi una convergenza politica particolarmente ampia. In altre parole, l'attuale disciplina conserverebbe una buona dose di elasticità, lasciando spazio al confronto tra opposte visioni politico-economiche, nessuna delle quali sarebbe *a priori* impraticabile né, tantomeno, obbligata⁵¹.

La ricostruzione dell'art. 81 Cost. come insieme di regole essenzialmente procedurali e rivolte, per di più, al decisore politico, se da un canto non impedisce di assumere la stabilità finanziaria, secondo quanto ha fatto la Corte, a

⁴⁸ Sui potenziali problemi di credibilità sociale delle decisioni rese da organi di unica (o di ultima) istanza CIANCIO (2010, 741), la quale ne desume la necessità, per la Corte, di evitare bruschi *overruling*.

⁴⁹ Ne è convinta MASSA PINTO (2015, 2 ss.).

⁵⁰ Nello stesso senso BARBERA (2015, 2-3), SCAGLIARINI (2015, 234), e DI COSIMO (2016, 5).

⁵¹ Di questo avviso, tra gli altri, LUCIANI (2013, 41), BUTTURINI (2016, 27-28) e SAITTO (2017, 17 ss.).

«valore» in sé⁵², dall'altro ne stempera la cogenza per un organo di ben diverse natura e funzioni quale è, appunto, il Giudice delle leggi⁵³. Ciò è tanto più vero in corrispondenza di pronunce, come quelle in esame, in cui la tutela piena del suddetto interesse passa addirittura per la «sostanziale disapplicazione»⁵⁴ di una regola di diritto positivo (la non applicabilità, nel giudizio principale, delle norme dichiarate incostituzionali). Va da sé, poi, che un ipotetico bilanciamento solo eccezionalmente potrebbe lasciar prevalere la sanità dei conti pubblici sui bisogni della persona umana, dal momento che nell'attuale forma di Stato la prima costituisce solo un «mezzo» per il soddisfacimento dei secondi⁵⁵. A quest'ultimo proposito, anzi, potrebbe apparire quantomeno singolare l'ipotesi di un organo di garanzia costituzionale che, pur riconoscendo la sussistenza di un certo *vulnus* alla sfera giuridica dell'individuo, anziché rimuoverlo, tenda non solo a stabilizzarne gli effetti, ma addirittura ad aggravarli, aggiungendo, cioè, alla lesione dell'interesse sotteso allo specifico parametro violato anche quella dei diritti alla tutela giurisdizionale e alla uguaglianza formale⁵⁶. Dal momento, poi, che questi ultimi figurano nel testo della Convenzione EDU (artt. 6 e 14), eventuali censure da parte di Strasburgo porrebbero Parlamento e Governo dinanzi ad un dilemma: o richiamare i giudici comuni, mediante espresse disposizioni normative, alla «disapplicazione» *in parte qua* delle sentenze di incostituzionalità differita, con conseguente apertura di un delicato conflitto istituzionale, oppure disconoscere la suddette condanne, con tutte le ricadute che ciò avrebbe sul versante, pur costituzionalmente sensibile, delle relazioni diplomatiche⁵⁷.

6. STATO SOCIALE E PROSPETTIVE DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ TRA POLITICA E DIRITTO

Quanto sin qui evidenziato sembra suggerire l'opportunità di un definitivo abbandono della manipolazione temporale delle sentenze di accoglimento, in parallelo, magari, ad un intervento normativo che preveda meccanismi di raccordo formale tra Corte e Legislatore: si pensi, ad esempio, alla possibilità

⁵² Sul punto v., pur con qualche cautela, LANZAFAME (2015, 13-14).

⁵³ Lo hanno osservato, tra gli altri, LUCIANI (2013, 32 ss.) e, con riferimento alla formula originaria, già MORTATI (1972, 964).

⁵⁴ GIUPPONI (2015, 6); ROMBOLI (2015c, 622).

⁵⁵ Cfr. espressamente BENVENUTI (2012, 274).

⁵⁶ Così PACE (1989, 59-60), ROMBOLI (2015c, 614) e SCAGLIARINI (2015, 237).

⁵⁷ Sulla «garanzia costituzionale» di cui gode l'attività diplomatica *ex art.* 87 Cost. v. la sent. Cost. 12 giugno 1979, n. 48, § 3, sulle relative immunità giurisdizionali.

di introdurre pronunce di «mera incompatibilità», sul modello tedesco, oppure di contemplare, in seno ai regolamenti delle Camere, corsie preferenziali per disegni legislativi la cui approvazione sia stata espressamente sollecitata dai Giudici⁵⁸. Ciò avrebbe il vantaggio di restituire al giudizio di costituzionalità il carattere prettamente tecnico che gli compete e che, invece, rischia di restare offuscato dall'attuale tendenza della Consulta a farsi carico delle potenziali ricadute socioeconomiche delle decisioni⁵⁹.

Tanto premesso in prospettiva *de iure condendo*, *de iure condito* deve comunque segnalarsi che nel medio termine un mutamento della giurisprudenza nel senso testé auspicato non sembra comunque probabile, per almeno tre ragioni. Anzitutto, per la difficoltà di individuare formule decisorie alternative, capaci, cioè, di conseguire un adeguato equilibrio tra Stato sociale e sanità dei conti pubblici senza impingere nelle medesime censure poc'anzi richiamate. Così, ad esempio, esclusa *a priori* l'utilità di ricorrere a sentenze di rigetto o inammissibilità a contenuto monitorio, stante il seguito legislativo «quanto mai scoraggiante»⁶⁰ da esse avuto in passato, l'ipotesi che la stessa Corte faccia salva l'efficacia retroattiva dell'accoglimento sul solo giudizio principale, se da un canto supererebbe le perplessità dottrinali sul mancato rispetto dell'incidentalità, dall'altro finirebbe tuttavia per strutturare ulteriormente, aggravandola, la discriminazione tra le parti nel suddetto procedimento e gli altri conosciuti⁶¹.

Anche l'eventualità di una sentenza additiva avente ad oggetto l'art. 30 l. 87/1953, con la quale la Corte si auto-attribuisca il potere in discorso agendo direttamente sul dato normativo, pur autorevolmente sostenuta⁶², appare tutt'altro che agevole. E infatti, ammesso che una tale questione possa essere davvero rilevante per la definizione di un giudizio di costituzionalità⁶³, resta il fatto che, secondo la dottrina pressoché unanime, l'articolo 30 ha funzione interpretativa o, comunque, di immediata attuazione dell'art. 136 Cost., rispetto al quale l'art. 81 Cost. è a sua volta pari ordinato e non può, quindi,

⁵⁸ Va segnalata, al riguardo, la soluzione, ancora diversa, prospettata dal DDL Lanzillotta (A. S. 1952, XVII legislatura), laddove esso consentiva al Governo di attuare le sentenze produttive di debiti fuori bilancio nei limiti dei «tempi» e delle «modalità» compatibili, tra gli altri, col novellato l'art. 81 Cost. Quanto alle previsioni contenute negli odierni regolamenti camerali (artt. 139 reg. Sen., 108 reg. Cam.), esse appaiono largamente insoddisfacenti, esaurendosi nel mero «esame» delle pronunce (al Senato, solo se di accoglimento, con conseguente esclusione proprio di quelle monitorie).

⁵⁹ Manifestano questa preoccupazione, tra gli altri, PACE (1989, 53), RUGGERI (2017, 103 ss.) e DI CKMANN (2015, 1 ss.).

⁶⁰ ANTONINI (2015, 4).

⁶¹ Lo osservano RUGGERI (2015, 3) e Malfatti, Panizza, Romboli (2016, 357).

⁶² V. in particolare Modugno (1989, 14), Romboli (2015b, 21) e D'Amico (2015a, 2).

⁶³ Ne dubitano Carnevale (2015, 401) e Pinardi (2017, 36).

assumersi a parametro. Del resto questa lettura, escludendo l'operatività della norma incostituzionale (anche) nel giudizio *a quo*, pare l'unica in grado di superare il difetto di coordinamento altrimenti configurabile tra la cessazione di efficacia «dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», testualmente prevista dal citato art. 136, e il carattere incidentale dei giudizi di legittimità, di cui al summenzionato art. 1 l. cost. 1/1948.

Ed ancora, anche a voler accogliere la tesi di chi apre ad una irrilevanza *ex post* della questione di legittimità, osservando che il legislatore ne prescrive la verifica solo *ex ante* (ai fini, cioè, del vaglio di ammissibilità)⁶⁴, non può comunque trascurarsi che la sospensione obbligatoria del giudizio dinanzi al giudice *a quo*, *ex art.* 23, co. 2, l. 87/1953, non si giustifica se non come corollario dell'incidentalità. Del resto, è la stessa Corte ad aver riconosciuto – seppur ad altro riguardo – che contraddirebbe la «relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata»⁶⁵.

La seconda ragione per cui un accantonamento della tecnica decisoria in esame appare poco probabile attiene all'esigenza di rispettare i parametri di bilancio restrittivamente fissati a livello europeo, i quali, oltre ad aver ispirato la stessa novella dell'art. 81 Cost., godono di autonomo rilievo sul versante interno dell'ordinamento a norma degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.⁶⁶. Su questo piano, anzi, la riduzione dei margini di ulteriore spesa «consentita», derivante dal carattere espansivo dell'indirizzo di politica economica elaborato dall'attuale Governo⁶⁷, potrebbe indurre la Corte, allorché essa si trovi a vagliare indebite compressioni di diritti «che costano» (si ricordi la questione sul TFR nel pubblico impiego, da cui le presenti riflessioni hanno preso le mosse)⁶⁸, ad adottare maglie ancora più strette che in passato rispetto all'entità delle ricadute atte a giustificare – in tesi – l'irretroattività del dispositivo.

In terzo luogo, ed infine, giova considerare che la sentenza n. 10/2015 si colloca in un quadro più ampio, ancora non del tutto delineato ma in cui sembra comunque riconoscibile un rinnovato protagonismo non solo verso gli attori politici interni, ma anche sui versanti internazionale ed europeo: si pensi,

⁶⁴ La tesi, già prospettata da MORELLI (1988, 522), è stata poi accolta dalla cit. sentenza n. 10/2015, § 7.

⁶⁵ Sent. Cost. n. 232/1989, § 4.1, sull'efficacia temporale delle sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia.

⁶⁶ A questo profilo, del resto, accenna la stessa Corte nella sentenza n. 10/2015, cit., § 8.

⁶⁷ Indirizzo condiviso dal Parlamento e da esso formalizzato con legge 30 dicembre 2018, n. 145 («Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021»).

⁶⁸ Cfr. la locuzione «decisioni “che costano”» usata, tra gli altri, da BENVENUTI (2012, 267) e ROMBOLI (2015a, 1867 ss.).

rispettivamente, ai noti interventi in tema di legge elettorale, peraltro attuati a costo di una consapevole forzatura in punto di ammissibilità⁶⁹; al disconoscimento di carattere vincolante alla giurisprudenza EDU non ancora consolidata, nonché all'applicazione del sindacato di costituzionalità a tutte le consuetudini *ex art. 10 Cost.* (anziché, come si riteneva in passato, soltanto a quelle successive alla Costituzione)⁷⁰; ed ancora, all'introduzione di nuove eccezioni alla immediata disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello europeo⁷¹. Per contro, la circostanza che nella sentenza n. 10/2015 la limitazione degli effetti caducatori sia frutto di una, per così dire, «ordinaria» operazione di bilanciamento sembra aprire la strada ad un utilizzo sempre più disinvolto di tale schema. Né merita di essere sopravvalutata la precisazione, contenuta nella medesima pronuncia, secondo cui il potere di modulazione temporale degli effetti è esercitabile soltanto a valle di un giudizio di proporzionalità⁷²: appare infatti evidente che, stante anche la perdurante assenza di una istruttoria formale, tale apprezzamento resta dominato da una forte discrezionalità⁷³.

Sul piano pratico, una riduzione delle pronunce caducatorie in ambiti particolarmente sensibili, come quello finanziario, potrebbe tuttavia derivare dalla inclinazione della Corte a rallentare l'esame di alcune questioni, così da fornire alle Camere un certo margine entro cui provvedere, esse stesse, ad emendarne l'oggetto. Tale strategia (già nota ai commentatori ma formalizzata solo lo scorso novembre)⁷⁴, benché idonea a scongiurare quella «politicizzazione» dei giudizi che, come si è avuto modo di evidenziare, rappresenta uno dei massimi rischi delle sentenze temporalmente manipolative, non è comunque indolore, poiché finisce inevitabilmente per gravare su interessi costituzio-

⁶⁹ Sentt. 4 dicembre 2013 (de 13 gennaio 2014), n. 1, e 25 gennaio 2017, n. 35.

⁷⁰ Sentt. Cost. 13 gennaio 2016, n. 36, § 8, e 14 gennaio 2015, n. 49, § 7.

⁷¹ Il riferimento è all'ipotesi in cui il giudice comune ravvisi un contrasto con diritti individuali previsti, oltre che dalla Carta di Nizza, anche dalla Costituzione italiana (sent. Cost. 7 novembre 2017, n. 269, § 5.2), nonché all'insistenza con cui la Consulta ha ritenuto lesiva di diritto interno, anziché, come prospettato dalla Corte di Lussemburgo, dello stesso diritto europeo, l'applicazione di norme dell'UE incompatibili con le tradizioni costituzionali comuni, prescrivendo di conseguenza i giudici a sollevare la relativa questione per violazione dei controlimiti (sent. Cost. 10 aprile 2018, n. 115, § 8).

⁷² Sent. Cost. 10/2015, cit., § 7.

⁷³ Cfr. ampiamente l'opinione di FERRO (2012, 302 ss.), favorevole all'introduzione di una compiuta disciplina delle acquisizioni probatorie nel «processo costituzionale».

⁷⁴ Al riguardo v., con riferimento alla sentenza n. 10/2015, le osservazioni di SCAGLIARINI (2015, 233), cui cfr., l'ord. Cost. 24 ottobre 2018, n. 207 (de 16 novembre 2018), con la quale il Collegio ha differito di circa undici mesi la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p., sollevata dalla Corte di assise di Milano il 14 febbraio dello stesso anno (n. 2018/43 del Registro degli atti di promovimento), al fine di «consentire [...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa», sostituendo in sostanza la disciplina attuale, di cui la medesima pronuncia ha contestualmente prospettato l'illegittimità. Su quest'ultima decisione v. almeno, per quanto qui d'interesse, RUGGERI (2019, 92 ss.), FURNO (2019, 149 ss.), GIUNTA (2019, 3 ss.), ROBERTI (2019, 4 ss.).

nalmente rilevanti, quali la certezza del diritto e l'effettività (celerità) dei rimedi giurisdizionali. È pertanto auspicabile che, diversamente da quanto accaduto per i «moniti» del secolo scorso, a tali nuove aperture il Parlamento presti la debita attenzione.

7. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANDREONI, A. (1989), «Momenti storici delle politiche pensionistiche in Italia», in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza*, n° 3.
- ANTONINI, L. (2015), «Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- BENVENUTI, M. (2012), «Diritti sociali», in AA. VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche: Aggiornamento*, V, UTET, Torino.
- BIN, R. (2015), «Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- CARNEVALE (2015), «La declaratoria di illegittimità costituzionale “differita” fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi», in *Diritto pubblico*, n° 2.
- CIANCIO, A. (2010), «A proposito dell'ammissibilità del referendum abrogativo in materia elettorale», in AA. VV., *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, II, Giappichelli, Torino.
- (2018), «La Corte costituzionale», in AA. VV., *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova.
- D'AMICO, M. (2015a), «La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- (2015b), «Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?», in *Quaderni costituzionali*, n° 3.
- DI COSIMO, G. (2016), «Oscillazioni della Corte costituzionale di fronte alla crisi economica», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- DICKMANN, R. (2015), «La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione”», in *Federalismi.it*, n° 4.
- DOMENICALI C. (2015), «Chi decide gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità? Le soluzioni della Corte costituzionale prima e dopo la sentenza n. 10/2015», in *Studium iuris*, n° 11.
- DONATI, F. (1995), «Le ripercussioni delle pronunce giurisdizionali sull'equilibrio di bilancio», in AA. VV., *Crisi fiscale e indirizzo politico*, Il Mulino, Bologna.
- ELIA, L. (1983), *La giustizia costituzionale nel 1982*, Accessibile da https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/19830126_pres_elia_sito.pdf.

- (1985), «Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: ottobre 1981-luglio 1985», in AA. VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova.
- FERRO, G. A. (2012), *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- FURNO, E. (2019), «Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale», in *Rivista Aic*, n° 2.
- GALLARATI, F. (2015), «La Robin Tax e l’“incostituzionalità d’ora in poi”: spunti di riflessione a margine della sentenza n. 10/2015», in *Federalismi.it*, n° 19.
- GIUNTA, C. (2019), «Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’“ordinanza Cappato”», in *Dirittifondamentali.it*, n° 1.
- GIUPPONI, T. F. (2015), «La Corte e il “suo” processo», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- LANZAFAME, A. (2015), «La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili», in *Rivista Aic*, n° 2.
- LUCIANI, M. (1989), «La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni ’90», in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano.
- (2013 a), «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», in *Astrid Rassegna online*, n° 3.
- (2013 b), *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Accessibile da https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf.
- MALFATTI, E.; PANIZZA, S.; ROMBOLI, R. (2016), *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- MASSA PINTO, I. (2015), «La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di iper-giurisdizionalismo costituzionale», in *Costituzionalismo*, n° 1.
- MERUSI, F. (1990), «I servizi pubblici negli anni 80», in Id. (ed.), *Servizi pubblici instabili*, Il Mulino, Bologna.
- MEZZANOTTE, C. (1989), «Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale», in AA. VV., *Effetti temporali*, cit.
- MODUGNO, F. (1989), «Considerazioni sul tema», in AA. VV., *Effetti temporali*, cit.
- MORELLI, M. R. (1988), «Declaratoria di illegittimità “dal momento in cui”: Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento», in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 1.
- MORTATI, C. (1972), «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore», in Id., *Raccolta di scritti*, III, Giuffrè, Milano.

- NOBILE, R. (2018), «Pubblico e privato: differenze antipodali e dialoghi negati: Il caso del TFR(S) e del trasferimento della residenza all'estero dell'ex pensionato INPDAP», in *LexItalia.it*, n° 9.
- ONIDA, V. (1989), «Considerazioni sul tema», in AA. VV., *Effetti temporali*, cit.
- PACE, A. (1989), «Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti», in AA. VV., *Effetti temporali*, cit.
- PALATUCCI, L. (2006), «La concezione dei diritti finanziariamente condizionati nel periodo del suo consolidamento: una inattesa estensione del welfare state costituzionale nel settore sanitario», in AA. VV., «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, ESI, Napoli.
- PANIZZA, S. (2015), «L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- PARODI, G. (2006), «Art. 136», in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (eds.), *Commentario alla Costituzione*, III, UTET, Torino.
- PEGORARO L. (1987), *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislative*, CEDAM, Padova.
- PINARDI, R. (1993), *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano.
- (2015a), «La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di incostituzionalità sopravvenuta?», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- (2015b), «La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività», in *Consulta online*, n° 1.
- (2017), «Il problema dell'impatto della declaratoria d'incostituzionalità alla luce del ruolo della Corte nel sistema», in *Gruppo di Pisa*, n° 2.
- PISANESCHI, A. (1989), «Determinazione dei limiti alla retroattività della decisione costituzionale di accoglimento: potere del giudice costituzionale o del giudice ordinario?», in *Giurisprudenza costituzionale*, pt. I.
- POLITI, F. (1991), «La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale nel recente dibattito dottrinale», in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 2.
- ROBERTI, I. (2019), «Il monito della Corte ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni sul caso Cappato», in *Federalismi.it*, n° 13.
- ROMBOLI, R. (2015a), «Il problema delle sentenze costituzionali "che costano" e il segreto della camera di consiglio», in *Il Foro italiano*, n° 6.
- (2015b), «L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.
- (2015c), «Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*.

- RUFFINO, A. (1989), «Tendenze evolutive del sindacato incidentale di legittimità costituzionale, fra tecniche di giudizio e clausole decisorie extra ordinem (in margine alla vicenda della pubblicità dei processi tributari)», in *Giurisprudenza costituzionale*, n° 1.
- RUGGERI, A. (2015), «Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, n° 3.
- (2017), «Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica», in Romboli, R. (ed.), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, Giappichelli, Torino.
- (2019), «Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)», in *Consulta online*, n° 1.
- RUOTOLO, M., CAREDDA, M. (2015), «Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità: A proposito della pronuncia sulla cd. Robin Tax», in *Rivista di diritto tributario*, n° 10.
- SAITTO, F. (2017), «“Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo “Stato fiscale” allo “Stato debitore”», in *Rivista Aic*, n° 1.
- SAJA, F. (1990), «La giustizia costituzionale nel 1989», in *Il Foro italiano*, CXIII, pt. V.
- SALAZAR, C. (2013), «Crisi economica e diritti fondamentali», in *Rivista Aic*, n° 4.
- SANDULLI A. M. (1959), «Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*.
- SCAGLIARINI, S. (2015), «La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore “Senzaterra”», in *Consulta online*, n° 1.
- SILVESTRI, G. (1989), «Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema», in AA. VV., *Effetti temporali*, cit.
- (1994), «Legge (controllo di costituzionalità)», in AA. VV., *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, UTET, Torino.
- ZAGREBELSKY, G. (1991), «Diritto processuale costituzionale?», in AA. VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ V. (2012), *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna.

LA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI TEMPORALI DELLE SENTENZE DI INCOSTITUZIONALITÀ E LA TUTELA INTEGRALE DEI DIRITTI: *RATIO*, CONCRETE APPLICAZIONI E PROSPETTIVE FUTURE

ALICE STEVANATO*
Università degli Studi dell'Insubria

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Obiettivi e *ratio* della modulazione temporale nella prospettiva di garantire esigenze di giustizia sostanziale. 2.1 Contesto sistematico di riferimento: pluralismo e principio di solidarietà. 2.2 Dentro il bilanciamento «successivo»: accertamento dell'omogeneità valoriale e materiale delle posizioni giuridiche oggetto di ponderazione. 2.3 La sentenza n. 10/2015 come esempio di modulazione temporale. 3. Un approccio estensivo della modulazione temporale. 3.1 Dalla teoria alla prassi: alcuni esempi concreti. 4. Aspetti problematici della tecnica modulativa: violazione del requisito di incidentalità del procedimento costituzionale. 5. Conclusioni. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Il tema della gestione del tempo dell'efficacia delle sentenze di accoglimento s'inserisce in una riflessione molto più ampia sul ruolo che la Corte costituzionale ha nel sistema costituzionale italiano e sull'ampiezza dei pro-

* Dottoressa in Giurisprudenza e cultrice della materia in diritto costituzionale nell'Università degli studi dell'Insubria.

pri poteri decisori¹, in quanto poter modulare il periodo temporale di vigenza di una decisione di accoglimento implica valutazioni che i giudici costituzionali conducono con riferimento, soprattutto, all'impatto ordinamentale delle pronunce di accoglimento, ovvero all'insieme delle conseguenze, sociali, culturali ed economiche che una determinata sentenza produrrebbe nel sistema.

La Corte costituzionale si è ben presto convinta che la secca alternativa fra accoglimento e rigetto non era sempre in grado di risolvere in modo adeguato i problemi di costituzionalità e che, quindi, la potestà decisoria della Corte necessitava di strumenti più duttili, come le sentenze di incostituzionalità sopravvenuta, accertata ma non dichiarata, additiva e manipolativa.

All'interno di questa visione flessibile del suo compito istituzionale la Corte si è spinta fino ad affermare espressamente, nella sentenza n. 10 del 2015, che rientra nella propria competenza modulare nel tempo l'efficacia delle sentenze di accoglimento²; intesa in questa prospettiva, la tecnica modulativa rappresenta, senza ombra di dubbio, la sfaccettatura più evoluta, più delicata ma anche più controversa in ordine alla possibile ingerenza della Corte nella sfera d'intervento del Parlamento legislatore.

Gestire il tempo di una decisione di accoglimento significa poter decidere che la perdita di efficacia della normativa incompatibile con la Costituzione non sia necessariamente coincidente con la relativa dichiarazione d'incostituzionalità, per evitare, in questo modo, che l'efficacia della pronuncia possa determinare situazioni ancora più contrastanti con la Costituzione e condurre il suo operato verso una, parimenti pericolosa, «eterogenesi dei fini» (Silvestri, 1989, 64).

Diversamente dalla sentenza di incostituzionalità sopravvenuta, che pure incide sul tempo della pronuncia, è con quella di incostituzionalità differita che i giudici costituzionali si auto-riconoscono titolari di un potere dispositivo del tempo delle pronunce di accoglimento e lo fanno accertando l'incostituzionalità *ab origine* della normativa e ammettendo, di contro, che, in virtù di altri diritti o interessi meritevoli di tutela, la disciplina viziata debba essere considerata efficace fino al giorno successivo alla pronuncia.

¹ Per un approfondimento si veda integralmente il volume *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988* (1989).

² Per un approfondimento completo si vedano gli oltre novanta commenti dottrinali alla sentenza n. 10/2015, fra i quali, a titolo d'esempio, D'AMICO, BIONDI (2018), DICKMANN (2015), ROMBOLI, (2015), MORRONE (2015), PINARDI (2015).

Una simile preoccupazione in ordine alle conseguenze materiali delle proprie pronunce di accoglimento e la relativa ricerca di una via processuale con la quale farsi carico del c.d. impatto ordinamentale ha condotto la Corte costituzionale, nella già notissima ordinanza n. 207 del 2018 (anche conosciuta come ordinanza Cappato), a non emanare una sentenza di incostituzionalità, ma un mero atto interlocutorio in attesa di un intervento da parte del Parlamento (rinviando il trattamento della questione al 24 settembre 2019). I giudici costituzionali, infatti, pur riconoscendo l'esistenza di plurimi profili di illegittimità dell'art. 580 c.p., hanno preferito evitare che si creasse un vuoto legislativo che avrebbe lasciato «del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi» (Cons. in diritto § 10).

2. OBIETTIVI E *RATIO* DELLA MODULAZIONE TEMPORALE NELLA PROSPETTIVA DI GARANTIRE ESIGENZE DI GIUSTIZIA SOSTANZIALE

Con la modulazione temporale s'intende arginare l'impatto delle pronunce di incostituzionalità sull'ordinamento, rendendo, in questo modo, «mite» (Groppi, 2002, 217) l'attività decisoria dei giudici costituzionali, così volendo rispondere in modo più adeguato alle esigenze concrete di ogni singolo caso sottoposto alla cognizione della Corte, elidendo (o quanto meno diminuendo) gli effetti negativi che una sentenza di accoglimento secco potrebbe produrre e individuando, quindi, il «punto di minor sofferenza» (Celotto, 2014, 96) tra i diritti e interessi in gioco.

L'insieme di tali prospettive adeguatrici del sistema individua il preciso obiettivo della presente relazione³, cioè individuare come l'assenza di un qualsivoglia potere dispositivo sul tempo è di fatto nocivo per il sistema, in quanto rischia di non tenere adeguatamente in considerazione gli interessi e i diritti che, in alcuni casi, potrebbero venire irreparabilmente lesi da una pronuncia di accoglimento.

Lo scritto si muove in questa dimensione ed è volto a suggerire come, in alcune circoscritte situazioni, che si proveranno ad individuare più avanti, la modulazione temporale può permettere ai giudici di Palazzo della Consulta di poter identificare ed immaginare una tutela globale della Costituzione, anche

³ Si veda STEVANATO (2018).

di ciò che non si vede, anche di ciò che sfugge, consentendo alla Corte di poter valutare, non solo la disciplina normativa sottoposta a giudizio, ma anche il rapporto che si instaura fra la portata retroattiva e altri diritti o principi generali, estranei al contestuale processo costituzionale (che la rigida applicazione della retroattività potrebbe comunque irreparabilmente compromettere).

Questo nuovo, o meglio rinnovato, modo di intendere il ruolo istituzionale della Corte nasce da un'interessante riflessione di alcuni maestri del diritto costituzionale, elaborata già alla fine degli anni '80. Fra questi si ricorda Francesco Saja (1989), allora presidente della Corte costituzionale, il quale, in modo molto puntuale, affermò che la Corte «opera nella realtà sociale, in quella che è la vita del Paese, e non può disinteressarsi delle conseguenze concrete, degli effetti reali delle sue pronunce» (p. 3). In simili fattispecie, i giudici di Palazzo della Consulta, quindi, utilizzano la tecnica del bilanciamento e il canone della ragionevolezza non per formare il proprio convincimento in ordine alla legittimità della norma sottoposta a giudizio, ma, in esito ad un accertamento positivo sull'incostituzionalità di una normativa, per contemperare l'interesse che la sentenza di accoglimento tutela e quello che la retroattività sacrifica. Si potrebbe, dunque, pacificamente affermare che questo tipo di bilanciamento sia inedito e successivo, in quanto non attiene al giudizio di costituzionalità in sé per sé, ma interviene solo dopo la declaratoria di incostituzionalità della normativa sindacata.

2.1 **Contesto sistematico di riferimento: pluralismo e principio di solidarietà**

Nel ricostruire un sistema dal quale poter ricavare alcuni elementi volti a legittimare o, almeno, a giustificare tali decisioni innovative della Corte, è quantomeno opportuno condurre una prima riflessione di ordine generale sul concetto di pluralismo (che sia giuridico, sociale od economico), sul valore essenziale che esso assume nelle moderne democrazie e, per ciò che rileva in questa sede, sullo specifico significato che ha nella Costituzione italiana. Essa può essere intesa, a tal proposito, un vero e proprio *miracolo* democratico, il documento riassuntivo dei diversi interessi e tendenze politiche, sociali ed economiche; in questa prospettiva la Corte costituzionale rappresenta quel presidio volto a tutelare le diverse istanze che animano il Paese, assicurando «un tutela sistemica e non frazionata» (Corte cost. n. 264/2012, Cons. in diritto § 4.1) dei valori riconosciuti e garantiti nel testo costituzionale stesso. A tal proposito, così come il pluralismo nutre la società civile, tesse i legami

sociali, orienta l'attività decisionale degli organi legislativi e, non da ultimo, coinvolge ogni ambito del vivere comunitario, non si dovrebbe escludere sempre e aprioristicamente che una simile contrapposizione di diritti possa generarsi in esito a una decisione demolitoria d'incostituzionalità. Se il tema del conflitto si dipana dal bilanciamento legislativo a quello svolto in sede valutativa dai giudici costituzionali, appare un'illusione pensare che esso non esista, invece, in sede di quantificazione delle conseguenze di una sentenza di incostituzionalità.

A tal proposito si potrebbe richiedere ai giudici della Corte, dopo aver esaurito il giudizio costituzionale, di valutare la situazione fattuale che esso ha prodotto e, calibrando il profilo temporale, di restringere la cerchia dei destinatari. Se si assume che la Corte sia custode della Costituzione nella sua integralità, allora non le si dovrebbe impedire, ma, al contrario, garantire la possibilità di prendersi carico dell'impatto ordinamentale delle sue pronunce, che sia economico, politico o sociale.

All'interno di tale prospettiva, il pluralismo, inteso non solo come un fatto ineliminabile, ma anche come un «valore da preservare» (Pino, 2010, 290) e secondo alcuni «l'unico meta-valore più importante di tutti» (Pino, 2010, 290) gli altri, si serve, per essere concretamente salvaguardato, dell'utilizzo tecnica del bilanciamento fra interessi contrapposti, che, nel caso di specie, si risolve nella modulazione temporale dell'efficacia delle pronunce di accoglimento. Si potrebbe includere nella salvaguardia di quest'ultimo anche la molteplicità delle situazioni soggettive singole o collettive che, in esito a una sentenza di incostituzionalità, potrebbero sorgere. In questa accezione, il pluralismo, quindi, non sarebbe più solamente legislativo ma anche, in un certo senso, giurisdizionale, inteso come sintesi ed equilibrio fra le diverse aspettative meritevoli di tutela della fattispecie concreta sottoposta alla Corte.

Accanto ad una riflessione tesa a valorizzare il carattere pluralistico dei moderni ordinamenti, si potrebbe guardare alla tecnica *de qua* anche sotto un'altra prospettiva ed intentare un ragionamento che muove dal principio solidaristico (art. 2 Cost.), il quale, unitariamente al primo, costituisce una delle basi ideologiche della Costituzione del 1948. La ricostruzione del tema attraverso la lente del principio di solidarietà potrebbe così costituire – o almeno si spera – un'interessante chiave di lettura a favore della modulazione temporale delle decisioni della Corte.

Primariamente – è bene chiarirlo – ci si appella al principio solidaristico non per colmare vuoti o insabbiare mancanze dei pubblici poteri, ma per ricostruire la pretesa del singolo *non solum* in senso intrasoggettivo (in ordine a una relazione diretta e bidirezionale fra il soggetto giuridico e il diritto di cui è

titolare), *sed etiam* in una dimensione intersoggettiva (indagando, così, il complesso rapporto fra i soggetti e le pretese che entrano in contraddizione in esito ad una totale irretroattività di una sentenza d'incostituzionalità). In questo senso, si potrebbe – forse – ammettere un percorso interpretativo che, letto alla luce del principio di solidarietà sociale, sia capace di scardinare la vicissitudine del singolo (o di un gruppo di persone che vanta la medesima pretesa) dalla piana valutazione dei suoi interessi e di elevare l'argomentazione fino al punto di includere la c.d. formazione sociale di appartenenza.

Pur essendo un valore indispensabile per difendere il carattere democratico della nostra società⁴, non è sempre agevole riflettere sul tema della solidarietà perché esso sembra rappresentare un'esigenza anacronistica; la cultura contemporanea è, infatti, sbilanciata nei confronti dei diritti, mentre, al contrario, la solidarietà implica un necessario ripensamento di questi e una valorizzazione dei doveri.

A tal proposito si potrebbe parlare di «pedagogia costituzionale» (Rossi, 2018) nei confronti dei doveri, in quanto la dimensione degli stessi – quello di solidarietà *in primis* – è spesso di difficile comprensione immediata e spontanea accettazione, tanto da rendersi opportuna una pratica educativa volta in tal senso; intesa in questa prospettiva, si riuscirebbe, così, ad «apprezzare la natura interrelata delle nostre vite e delle nostre azioni rispetto al resto della comunità» (Rossi, 2018). All'interno di tale ricostruzione, ciascuno potrebbe accogliere con positiva collaborazione sia limitazioni delle proprie (pur legittime) pretese a fronte di altre situazioni (che vantano un diverso e contrapposto interesse meritevole di tutela) sia fattispecie di rinunce attuali in nome di esigenze di reciproca solidarietà. Secondo tale prospettiva, il singolo non verrebbe considerato solo nella sua individualità, ma anche come parte di una formazione sociale e l'interprete dovrebbe, di conseguenza, affrontare il tema con uno sguardo di più ampio respiro: il singolo oggi sarà chiamato a rinunciare a qualcosa ma in futuro verrà ricompensato da una continua ricerca e – si confida – dal raggiungimento di una realizzazione armoniosa e compromissoria dei principi in Costituzione, nella considerazione che dai «sacrifici di tutti si [può ricavare] un “surplus” (non necessariamente materiale...) per tutta la comunità/ Stato» (Rossi, 2018).

Pur nella consapevolezza che la tecnica modulativa produce gravi violazioni delle regole procedimentali che regolano il processo costituzionale (delle quali si darà conto nel proseguo della relazione) si riconosce, in ragione di un approccio pluralistico e di valorizzazione del principio solidaristico, l'oppor-

⁴ Si veda RODOTÀ (2014).

tunità di ammettere, in ragione di una giustizia materiale onnicomprensiva, che, in casi determinati, una norma illegittima sia da considerare conforme al testo costituzionale almeno per le fattispecie sorte anteriormente alla sentenza di incostituzionalità o, detto in altri termini, per quel lasso temporale che intercorre fra il giorno della declaratoria d'incostituzionalità e un momento nel passato, che può coincidere con il giorno in cui la normativa illegittima è entrata in vigore.

2.2 **Dentro il bilanciamento «successivo»: accertamento dell'omogeneità valoriale e materiale delle posizioni giuridiche oggetto di ponderazione**

I due principi fondamentali appena richiamati (pluralismo e solidarietà) suggeriscono l'esistenza sistemica di un generale spazio applicativo della tecnica *de qua*; essi possono essere, quindi, definiti come quelle condizioni necessarie per ammettere, nei singoli casi, una gestione del tempo da parte dei giudici costituzionali. Esse, però, devono essere considerate come elementi necessari, ma non certo sufficienti per ammettere la modulazione temporale nelle singole fattispecie. Per poter procedere oltre bisognerebbe analizzare il rapporto che, s'ipotizza, dovrebbe intercorrere fra il diritto di cui la Corte chiede il temporaneo sacrificio e il principio che con la clausola di irretroattività si vuole tutelare, con l'obiettivo di enucleare il primo limite alla tecnica in esame.

Perché questo atto di privazione sia ammissibile si potrebbe prospettare la necessità di sottoporre la relativa operazione a due differenti test di legittimità, che valuterebbero l'omogeneità, prima, valoriale e, poi, materiale del bilanciamento. Con riferimento al primo profilo si assume che il diritto che s'intende sacrificare dovrebbe avere un valore inferiore o pari rispetto a quello risultante dall'analisi dell'impatto ordinamentale; nel caso in cui, invece, il primo sia superiore al secondo, la Corte non potrebbe operare alcun bilanciamento successivo.

Tenendo in considerazione la varietà della natura e della pregnanza dei diritti, è, in realtà, possibile osservare come il grado di incisività di un diritto o di un principio generale (per esempio quello di equilibrio di bilancio) non può essere valutato in modo aprioristico, ma in relazione alla natura dei diritti coinvolti; la loro forza costituzionale si spiega, quindi, proprio in virtù del raffronto con il secondo termine di paragone.

Sempre all'interno di questo test valutativo rientrano anche le condizioni congiunturali del caso di specie, che la Corte dovrebbe tenere in considerazio-

ne nella formulazione di un proprio convincimento. L'individuazione di un'omogeneità valoriale è, quindi, l'esito di un procedimento complesso, in cui all'interpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie in esame, intese in senso astratto, si associa una valutazione concreta – intrisa di componenti necessariamente soggettive – del giudice costituzionale, il quale è chiamato, con la propria decisione, ad essere quel raccordo necessario per poter valutare complessivamente tutti i coefficienti della decisione. Un'operazione come questa può essere considerata una via d'accesso per prospettare, almeno in linea teorica, la possibilità di limitare l'efficacia temporale di una sentenza demolitoria. Intesa in tal senso, quindi, la modulazione temporale non incoragerebbe «la Corte ad assumere un ruolo che non è il suo, ma piuttosto [a] contribuire a fare in modo che [essa] assuma più pienamente la responsabilità di questo suo ruolo» (Panunzio, 1989, 285).

Considerata la problematicità di fondo della tecnica *de qua*, in quanto il sacrificio che si richiede al singolo (s'intendono anche i soggetti parti di altri processi pendenti aventi una situazione comparabile) è di veder frustrate le proprie legittime aspettative, si auspica che il ragionamento dei giudici di Palazzo della Consulta tenga conto di un secondo profilo d'indagine, il test per accertare un'ipotizzabile omogeneità materiale fra il sacrificio del singolo e il principio che s'intende garantire con la clausola di irretroattività.

In esito a questa riflessione e con riferimento al secondo test, è quanto meno opportuno che il rapporto fra le due componenti sia – almeno – materialmente omogeneo; non s'intende certamente che le due fattispecie debbano avere la medesima natura, ma che il diritto in questione sia in qualche misura compensativo del suo sacrificio, individuando un punto di contatto sostanziale fra il singolo e l'interesse/diritto posto in antitesi.

Qualora, in esito a una valutazione combinata che innerva sia un livello astratto sia uno concreto, si accerti la pari dignità dei due diritti o la superiorità dell'interesse leso dall'eliminazione retroattiva rispetto all'altro, allora la Corte, per tutelare la Costituzione nella sua integrità e per evitare di incorrere in un'ulteriore, più grave, situazione d'incostituzionalità, potrà limitare la portata retroattiva della sua pronuncia. Inoltre, quando il contrasto che si crea ha ad oggetto diritti appartenenti alla medesima categoria, per esempio diritti sociali, si può ritenere che l'omogeneità valoriale sia determinata e valorizzata, non solo dalla condivisione del medesimo livello di meritevolezza di tutela, ma soprattutto dal fatto che essi condividono la stessa natura, rintracciabile negli artt. 2 e 3 della Costituzione.

2.3 La sentenza n. 10/2015 come esempio di modulazione temporale

Queste considerazioni di ordine sistematico discendono direttamente dallo studio della pronuncia n. 10 del 2015, che rappresenta, in tema di modulazione temporale, una «sentenza spartiacque» (Morrone, 2015, 594), un «primo precedente» (Morrone, 2015, 578). Infatti, proprio in quella sede, i giudici costituzionali hanno deciso di apporre alla sentenza di incostituzionalità una clausola di irretroattività, al fine di contemperare tutti gli interessi in gioco, autolegittimandosi, così, titolari di un potere sul tempo delle pronunce di accoglimento.

La stessa pronuncia n. 10 offre la possibilità di ipotizzare possibili innovativi sviluppi della tecnica utilizzata; sono, infatti, gli stessi giudici costituzionali, nell'argomentare la bontà della propria decisione, a riferirsi genericamente ad altri principi che possono giustificare la «eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti» (Corte cost. n.10/2015, cons. in diritto, § 7).

In quella sede i giudici costituzionali hanno bilanciato la pretesa legittima delle parti ricorrenti (e di tutti i soggetti parimenti coinvolti) di poter beneficiare della decisione assunta in esito al processo costituzionale con l'interesse, non immediatamente percepibile, di quei soggetti che sarebbero stati lesi dalla totale retroattività della sentenza; secondo la cognizione della Corte, infatti, le restituzioni dei versamenti tributari nascenti dalla declaratoria d'incostituzionalità avrebbero determinato la violazione del principio dell'equilibrio di bilancio, posto al novellato art. 81 Cost., e, conseguentemente, per l'esigenza di evitare una grave voragine nelle finanze statali, un ingente pregiudizio dei principi di uguaglianza e di solidarietà sociale. I giudici costituzionali hanno, quindi, fondato la propria decisione proprio su esigenze di natura solidaristica; infatti, hanno voluto ricomporre una situazione di incostituzionalità materiale, evitando che le società petrolifere potessero recuperare la ricchezza ottenuta da una particolare e favorevole congiuntura economica a danno di una generalità indistinta di consociati, che avrebbero dovuto sostenere – attraverso una misura finanziaria aggiuntiva – il peso di quel rimborso.

3. UN APPROCCIO ESTENSIVO DELLA MODULAZIONE TEMPORALE

La «chiara vocazione dottrinale» (Pinardi, 2015, 222) della sentenza n. 10/2015 sembra, quindi, suggerire la possibilità di immaginare ed ipotizzare

un approccio estensivo della tecnica modulativa e, a tal proposito, la pista di ricerca è volta ad estrapolare la stessa dal suo contesto di riferimento (la notissima Robin Hood Tax, dichiarata incostituzionale con la pronuncia in esame) ed intraprendere un percorso analitico per tentare di raggiungere il *cuore* della pronuncia, un cuore che se trapiantato in altre situazioni, fattispecie controverse e casi di importanza sociale, economica e giuridica rilevanti può realmente permettere ai giudici costituzionali di porsi come moderatori di quegli interessi che altrimenti non verrebbero adeguatamente tutelati.

È possibile accertare che nella sentenza n. 10 siano stati rispettati entrambi i criteri individuati appena *supra* (omogeneità valoriale e materiale); non essendo in gioco diritti sociali ma patrimoniali e avendo a mente le condizioni emergenziali, sociali e congiunturali della fattispecie in commento, si può ritenere che esista un'omogeneità valoriale fra gli interessi coinvolti. Unitariamente a questo primo accertamento, inoltre, è possibile almeno supporre che sussista anche un'omogeneità materiale fra le rispettive prestazioni (essendo entrambe a contenuto patrimoniale) e che, quindi, la tecnica modulativa possa considerarsi ammessa.

Se la riflessione fosse chiusa entro i confini dell'art. 81 Cost, probabilmente non avrebbe alcun senso cercare di enucleare (nella speranza che le scelte di politica legislativa possano volgere nella medesima direzione) un eventuale potere ordinario della Corte in tal senso. Ciò anche in considerazione del fatto che, nella pronuncia n. 10, a preoccupare i giudici costituzionali non vi era unicamente l'esigenza del mantenimento dell'equilibrio di bilancio, ma anche la tutela degli artt. 2 e 3 Cost., che sarebbero stati irrimediabilmente violati dalla manovra finanziaria aggiuntiva resasi necessaria⁵; ne esce, quindi, limitato il carattere pregnante dell'art. 81 Cost. come fattore di decisione.

Seguendo il medesimo procedimento analitico, si può ritenere che non esista, invece, un'omogeneità né valoriale né materiale fra i diritti sociali e l'equilibrio di bilancio, in quanto il riconoscimento dei primi rappresenta l'essenza del modello di Stato sociale delineato in Costituzione e, quindi, quando venisse accertata la violazione del nocciolo duro di quel determinato diritto, esso non potrebbe successivamente soccombere in esito a una sentenza di accoglimento, nel caso in cui l'interesse contrapposto fosse l'art. 81 Cost.

Nel momento in cui il legislatore circoscrive la fruibilità di un diritto sociale appellandosi a criteri di adeguatezza, necessità e proporzionalità, la Corte dovrà riconoscere l'opportunità di tale compromesso. Se, invece, la normativa espugna la fortezza del «nucleo incompressibile» (Pallante, 2016, 2522)

⁵ Si veda DICKMANN (2015).

dei diritti sociali, il Giudice delle Leggi dovrà dichiarare l'incostituzionalità della normativa; in tal caso, data l'impossibile composizione valoriale e materiale delle contrapposte situazioni giuridiche, la Corte non potrà limitare l'efficacia temporale delle sue sentenze.

3.1 Dalla teoria alla prassi: alcuni esempi concreti

Per dare qualche altro riferimento concreto si propongono due casi che, pur essendo solo ipotetici, possono far intuire la bontà della tecnica modulativa.

Si pensi, per esempio, alla fattispecie in cui una normativa statale o regionale incentivasse lo sviluppo di un settore economico in un'area geografica, non tenendo in considerazione che, per particolari condizioni morfologiche ed ambientali, la stessa si presentasse inadatta, rilevando così forti violazioni dell'interesse generale alla tutela ambientale e del territorio. La Corte, ipoteticamente adita in via incidentale per tutelare il diritto alla tutela dell'ambiente, dovrebbe soppesare il diritto d'impresa delle aziende che hanno dato avvio a una florida attività economica e il già menzionato diritto all'ambiente. In casi come questi, i giudici costituzionali potrebbero pronunciare una sentenza d'incostituzionalità della normativa (in difesa dell'interesse alla tutela ambientale), limitandone però l'efficacia temporale, per dare voce a quanti, esplicitando la propria libertà d'impresa, hanno stanziato sia ingenti risorse e mezzi, sia grandi aspettative di profitto; in questo modo la Corte costituzionale saprebbe riconoscere il punto di minor sofferenza fra gli interessi in gioco e assicurare un intervento globale in difesa dei valori proclamati in Costituzione.

Una seconda prospettiva di indagine prende le mosse dalla sentenza n. 85 del 2013, una delle decisioni del c.d. caso Ilva, con la quale la Corte si è pronunciata dichiarando infondate le questioni di legittimità proposte nei confronti degli artt. 1 e 3 del decreto legge n. 207 del 2012.

Senza voler entrare nel merito di quel sindacato, è interessante approfondire il contenuto dell'atto sottoposto a giudizio e valutare se, in assenza di quel decreto «volto a rendere compatibili la tutela dell'ambiente e della salute con il mantenimento dei livelli di occupazione» (Corte cost. n. 85/2013, cons. in diritto, § 7.1), la Corte costituzionale, chiamata a valutare una diversa legislazione, avrebbe potuto riconoscere la violazione del principio fondamentale alla salute (art. 32 Cost.) e, allo stesso tempo, limitare la portata retroattiva della pronuncia per tutelare il diritto al lavoro (art. 4 Cost.).

Ad esempio, nel caso in cui il Governo avesse adottato un atto normativo che, invece di contemperare gli interessi in gioco, avesse riconosciuto unica-

mente l'opportunità di tutelare il diritto alla salute (o, più probabile, quello al lavoro dei dipendenti) ben si potrebbe prospettare, sempre in via ipotetica, che un giudice ordinario avrebbe potuto sollevare un dubbio di costituzionalità con riferimento alla lesione del diritto alla salute, nascente dalla continuazione dell'attività produttiva negli stabilimenti Ilva. I giudici costituzionali avrebbero, con ogni probabilità, riconosciuto la violazione del principio fondamentale alla salute, in quanto le condizioni produttive dell'Ilva hanno determinato comprovati rischi alla vita umana e all'ambiente.

Assumendo, però, l'impatto ordinamentale (nella sua accezione sociale) come fattore del *decisum*, i giudici costituzionali avrebbero potuto garantire una tutela universale del sistema, statuendo materialmente quello che, nel decreto legge in parola, viene previsto espressamente dall'Esecutivo.

Ciò garantirebbe ai lavoratori di poter continuare a percepire il proprio stipendio e di avere un tempo utile per cercare un'altra occupazione senza ledere definitivamente, grazie alla temporaneità di tale disciplina transitoria e al necessario rispetto di alcune modalità di intervento (destinate a garantire l'utilizzo di tecniche migliorative che tutelino l'ambiente e la salute), l'ineliminabile diritto posto all'art. 32 Cost.

Entrambe le fattispecie individuate appena *supra* possono essere lette sia nella loro dimensione pluralistica sia come espressione di quel principio di solidarietà del quale ciascuno dovrebbe sentirsi responsabile e attento collaboratore. Ciò, ovviamente, solo nei casi in cui, per raggiungere quel punto di minor sofferenza di cui si parlava prima, si renda necessario richiedere un sacrificio e operare un bilanciamento fra interessi contrapposti, al fine di realizzare una giustizia materiale che, tenendo in considerazione tutti i valori in gioco, sia il più armoniosa possibile.

4. ASPETTI PROBLEMATICI DELLA TECNICA MODULATIVA: VIOLAZIONE DEL REQUISITO DI INCIDENTALITÀ DEL PROCEDIMENTO COSTITUZIONALE

Per concludere è opportuno dar conto dei plurimi profili problematici, ampiamente documentati in dottrina⁶, che la tecnica *de qua* genera con riferimento alle regole procedurali, ovvero il requisito della rilevanza e – ancora più pregnante – la logica del giudizio in via incidentale (combinato disposto dell'art 136 Cost., l. cost. 1/1948 e art. 30, comma 3, l. 87/1953).

⁶ Si veda, fra i tanti, ROMBOLI (2015), D'AMICO (2015), D'AMICO, BIONDI (2018).

Con riferimento al secondo profilo – l'unico che s'intende qui approfondire – si osserva come lo scopo della tecnica modulativa, più volte richiamata, si scontra con le regole con cui la stessa Corte procede; pur rappresentando, forse, il profilo più impervio riferito all'opportunità della tecnica in commento, in questa sede non si potrà che sfiorare i problemi generali che sono stati posti. Ciò anche in considerazione del fatto che una risposta univoca sembra ad oggi impossibile; sembra infatti, esistere un vincolo fra le rigide barriere delle regole procedimentali (prima fra tutte, quella della retroattività che, per i più⁷, non si risolve in prescrizioni di mera forma, ma di sostanza, di uguaglianza e di certezza del diritto) e la necessità di un temperamento delle stesse e di un allargamento dei poteri decisorii della Corte costituzionale (un'estensione non fine a se stessa ma orientata, a sua volta, ad ampliare sempre più e sempre meglio, la fruibilità dei diritti, in particolar modo quelli sociali).

Un dato da non trascurare è il carattere ibrido del sistema di costituzionalità italiano, che pone la Corte in un «crocevia fra esigenze di opposta natura» (Pinardi, 2018, 476), quelle concrete, provenienti dal giudizio *a quo*, e quelle di interesse generale, determinate dall'impatto ordinamentale e sociale di una pronuncia demolitoria.

L'efficacia irretroattiva della pronuncia di accoglimento ha attratto il maggiore interesse dei costituzionalisti, perché da essa si genera un pericoloso «arresto cardiaco» (Pugiotto, 2015, 3), una vertiginosa frattura fra giudizio *a quo* e processo costituzionale, perché ad ogni giudice si richiede la «responsabilità etica» (Pace, 1989, 57) di non applicare una norma di cui si sospetta l'incostituzionalità, di sollevare il relativo dubbio e di rimettere la decisione alla Corte costituzionale. Qui, però, sembra che l'ingranaggio s'incepti definitivamente perché al riconoscimento di una giusta pretesa si ricollega, in alcune occasioni, l'impossibilità di darne conto nel processo ordinario.

È chiaro che permettere di poter applicare la sentenza di incostituzionalità almeno nel giudizio *a quo* attenuerebbe le gravi problematiche che la tecnica modulativa genera; in una riflessione che auspica di ricostruire in modo globale il tema di analisi si propone una considerazione che conduce il ragionamento – almeno – a un ripensamento della soluzione pianamente condivisa in dottrina; salvando il giudizio *a quo*, le altre situazioni pendenti, ancora giustiziabili, godrebbero di un trattamento peggiore (con evidenti violazioni del diritto di uguaglianza) come se con riferimento a queste si verificasse una decadenza o una prescrizione. Lungi dal voler e soprattutto poter individuare una

⁷ Si veda D'AMICO (2015, 3).

soluzione definitiva, si riconosce l'opportunità di valutare anche questo argomento di riflessione.

Per continuare a ragionare lungo il binario della giustizia, piuttosto che su quello del procedimento costituzionale generalmente inteso, sembra evidente che, affrontando l'argomento ancorandosi esclusivamente ai fermi binari del diritto positivo e alle sue condivise interpretazioni, da quell'«arresto cardiaco» non sarà possibile rinvenire. Se, però, si riconosce l'opportunità politica (se per politica s'intende una scelta tra due o più diritti costituzionali) e di giustizia sostanziale della tecnica modulativa, diventa necessario riflettere sul rapporto, di machiavelliana memoria, fra mezzo e fine e chiedersi se il processo costituzionale debba costituire sempre e in ogni caso un limite invalicabile alla giustizia costituzionale e, prima di tutto, «capire quale sia il limite oltre il quale non sia accettabile [...] interpretare in maniera elastica o disapplicare i vincoli che attengono al giudizio costituzionale» (Catalano, 2018, 399). Forse si potrebbe conferire al fine sostanziale un'importanza maggiore nel sistema e riconoscere che sia opportuno utilizzare anche mezzi non convenzionali e non disciplinati che, nel rispetto di alcuni rigidi requisiti, permettono di cogliere un'*aurea mediocritas* fra mezzo e fine, fra processo e giustizia. La modulazione si pone nel novero di questi strumenti e diventa, così, non solo permessa ma anche doverosa.

5. CONCLUSIONI

Nelle note conclusive del presente scritto s'intende proporre una riflessione, partendo da una domanda. La relativa risposta, al netto delle cose che sono state dette, riassume la posizione di chi scrive. Ci si chiede se, il raggiungimento di «quel tanto di giustizia che è possibile ottenere» (Panunzio, 1989, 281) in un determinato momento può considerarsi risolutivo, riuscendo a superare i limiti processuali, se non sotto il profilo procedimentale (cosa pacificamente impossibile), almeno in ordine alla tenuta del nostro ordinamento democratico. Se si analizzasse la tecnica modulativa solo come mero strumento formale nelle mani della Corte, non sarebbe certamente possibile accogliere la stessa nel sistema. Per ammettere con favore la tecnica *de qua* è necessario cogliere quel fine *sacro* che i giudici costituzionali perseguono con rigore, facendosi guidare dai principi di ragionevolezza e uguaglianza, avendo ben a mente che sarebbe quantomeno paradossale far sì che l'organo chiamato ad attuare i principi costituzionali si renda responsabile di una speculare violazione.

Non solo. Predisporre uno strumento, la modulazione temporale, che conferisca una certa duttilità al controllo di costituzionalità crea una valida alternativa – anche se non completamente legittimata nel sistema – affinché i giudici costituzionali, a fronte di indici di incostituzionalità nella normativa sindacata, non siano portati a optare per una soluzione negativa, a causa della conclamata carenza di uno strumento in tal senso.

Riconoscendo la bontà della tecnica modulativa, è comunque necessario individuare alcuni saldi requisiti atti a circoscrivere la portata di tale prassi. Tali precise indicazioni sono state individuate partendo proprio dalla sentenza n. 10/2015, unica vera applicazione della tecnica *de qua*; infatti, si può pacificamente sostenere che in quella sede le stesse non siano state rispettate in modo completo.

Il primo profilo (che si riconosce essere presente nella sentenza n. 10) è la precisa individuazione della natura e del valore dei diritti che si contrappongono in esito a una sentenza demolitoria, in quanto la compensazione fra elementi non omogenei tronca sul nascere la possibilità per la Corte di procedere con la modulazione temporale delle sue pronunce di accoglimento.

Il secondo, invece, si riferisce all'attività istruttoria, prima, e al requisito motivazionale della sentenza, poi; quest'ultimo, in particolare, solo se risulta elaborato, persuasivo ed attento riesce ad arginare i rischi di una incontrollabile discrezionalità.

Operando entro questi fermi limiti sostanziali e procedurali, si potrebbe – forse – conferire alla sentenza con efficacia irretroattiva una quale riconoscibilità, necessaria affinché la decisione venga «compresa» ed accolta dalla giurisprudenza ordinaria (soprattutto dal giudizio *a quo*) e dalle parti variamente interessate. Nella parte motiva i giudici costituzionali devono ricostruire il dato fattuale e spiegare rigorosamente i criteri e le ragioni attraverso i quali hanno deciso di modulare il tempo della pronuncia; intesa in questo senso, quindi, la motivazione diventa elemento di legittimità di questa relevantissima facoltà.

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (1989), *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*, Giuffrè, Milano.
- CATALANO, S. (2018), «Svalutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio *a quo*», in D'AMICO, M.;

- BIONDI, F. (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 359-400.
- CELOTTO, A. (2014), *La Corte costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- D'AMICO, M. (2015), «La Corte e l'applicazione (nel giudizio *a quo*) della legge dichiarata incostituzionale», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 4, 1-4.
- D'AMICO, M.; BIONDI, F. (a cura di) (2018), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- DICKMANN, R. (2015), «La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancora più incompatibili con la Costituzione”», in *Federalismi.it.*, 4, 1-15.
- GROPPI, T. (2002), «Verso una giustizia costituzionale “mite”? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni», in *Politica del diritto*, 2, 217-235.
- MORRONE, A. (2015), «Le conseguenze finanziarie della giurisprudenza costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, 3, 575-606.
- PACE, A. (1989), «La tutela costituzionale al diritto di agire nei rapporti pendenti», in *Quaderni costituzionali*, 1, 51-60.
- PALLANTE, F. (2016), «Dai vincoli “di” bilancio ai vincoli “al” bilancio», in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2499-2523.
- PANUNZIO, S. P. (1989), «Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva”», in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*, Giuffrè, Milano, pp. 274-285.
- PINARDI, R. (2015), «La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività», in *Consulta Online*, 1, 220-231.
- (2018), «La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio *a quo*: la Corte alla prova dei fatti», in D'Amico, M.; Biondi, F. (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 439-477.
- PINO, G. (2010), «Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli», in *Filosofia politica*, 2, 287-304.
- PUGIOTTO, A. (2015), «Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale», in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 4, 1-6.
- RODOTÀ, S. (2014), *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari.
- ROMBOLI, R. (2015), «L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale *ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti», in *Forum di quaderni costituzionali Rassegna*, 4, 1-24.

- ROSSI, E. (2018), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Relazione introduttiva al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, in 'https://www.gruppodipisa.it/images/seminari/2018_Seminario_Napoli/Emanuele_Rossi_La_doverosita_dei_diritti.pdf'
- SAJA, F., (1989), «Introduzione ai lavori del seminario», in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere: atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988*, Giuffrè, Milano, pp. 2-4.
- SILVESTRI, G. (1989), «Gli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, 1, 61-66.
- STEVANATO, A. (2018), «Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale», in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 185-210.

ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL CASO ILVA IN TEMA DI BILANCIAMENTO

ANNA GIURICKOVIC DATO*
Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il caso Ilva. 3. Il rapporto tra valori costituzionali: gerarchia e prevalenza. 4. Conclusioni. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

La vicenda che ha riguardato lo stabilimento siderurgico dell'Ilva di Taranto, ha rappresentato un caso di grande interesse sotto vari profili. Per quanto specificamente rileva ai fini di questa analisi, essa ha costituito un emblematico tentativo di composizione degli interessi volto all'individuazione di un equilibrio tra esigenze di tutela di valori cd. primari (come l'ambiente e la salute) e gli interessi relativi alle cd. industrie di interesse strategico nazionale, nell'ambito di un conflitto sociale particolarmente partecipato e sentito. In tale occasione, il Governo con decreto-legge, il legislatore in sede di conversione, la Pubblica Amministrazione con l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA) e, infine, la Corte costituzionale – che ha ritenuto ragionevole il bilanciamento operato – hanno effettuato una composizione tra gli interessi dell'impresa e del lavoro da un lato e quelli alla salute e a un ambiente salubre dall'al-

* Dottoranda in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi La Sapienza di Roma, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Sezione di Diritto Pubblico.

tro, che si è inserita nel sempre acceso dibattito circa il conflitto tra interessi sociali e interessi economici¹ (Luciani, 1990) e che è stato fortemente criticato dalla dottrina. Molti autori lo hanno, infatti, ritenuto un «bilanciamento ineguale» (Luciani, 1995)², in quanto esso avrebbe rappresentato una scelta politica d'emergenza volta esclusivamente a salvare un'azienda considerata di «interesse strategico nazionale» e per questo non sacrificabile nemmeno in forza dei fondamentali diritti della salute e dell'ambiente (Vivaldi, 2013; Carrozza, 2013; Frediani, 2013; Cristiani, 2013; Meli, 2013; Marchetti, 2013; Di Cristina, 2013; Staiano, 2013; Geninatti Satè, 2013).

Ciò che in questa sede interessa, al di là di qualsivoglia considerazione politica, è analizzare il metodo giuridico che in tale circostanza è stato applicato al fine di individuare la «regola del conflitto» volta a comporre gli interessi in gioco, nonché dirimere la questione, paventata da alcuni autori a commento della sentenza n. 85 del 2013 della Corte costituzionale, se quello operato con il decreto cd. «ad Ilvam», poi confermato dalla Corte, possa essere considerato un bilanciamento *ad hoc* (Morrone, 2008) 3, circoscritto al caso specifico, o se, invece, comporti una «correzione sistematica» (Salanitro, 2013), tale da porre un «nuovo» equilibrio tra la tutela della salute e la salvaguardia dell'occupazione.

2. IL CASO ILVA

Facciamo, adesso, un passo indietro e ricostruiamo brevemente la vicenda, sino a che, con la sentenza n. 85/2013, la Corte costituzionale (che si è nuovamente pronunciata sul caso Ilva nel 2018) è arrivata a sancire la ragionevolezza di quel complesso bilanciamento tra interessi ambientali, sociali ed economici che, come si dirà, è il frutto del rinvio alla P. A., da parte del legislatore, ai sensi dell'art. 1 del cd. decreto-Ilva che attribuisce all'autorità amministrativa l'onere di ponderazione. La traversia che ha portato all'adozione

¹ Per approfondire sul tema del bilanciamento tra esigenze di natura economico-finanziaria ed esigenze sociali, consultare LUCIANI (1990).

² L'espressione «bilanciamento ineguale» con riferimento al bilanciamento tra interessi economici-finanziari e interessi sociali, è stata utilizzata da LUCIANI, il quale evidenziava, in particolare, che il «fine» – e cioè la tutela dei diritti sociali della persona – non può essere considerato sullo stesso piano del «mezzo» – e, cioè, l'efficienza economica. Per un approfondimento v. LUCIANI (1995).

³ Il bilanciamento, infatti, non comporta la cristallizzazione dell'equilibrio tra i principi individuato, e non va a stabilire una regola fissa di prevalenza tra interessi, posto che la pronuncia della Corte deve ritenersi investita da entrambi i profili del cd. *definitional balancing* – suscettibile di generalizzazione – e del cd. *ad hoc balancing* – limitato alla fattispecie concreta. Sul punto v. MORRONE (2008).

del decreto legge del 3 dicembre 2012, n. 207⁴, è assai nota: a seguito di un accertamento penale avente ad oggetto la gestione dell'impianto siderurgico dell'Ilva S.p. A., il GIP di Taranto adottava due misure cautelari ordinando l'immediata interruzione delle attività pericolose e prevedendo il sequestro preventivo di alcune aree dello stabilimento e del prodotto giacente. Tale vicenda, seguiva a un'annosa questione: già nel luglio del 1997 il Consiglio dei Ministri aveva dichiarato tale stabilimento «area ad elevato rischio di crisi ambientale», ma al malcontento dei cittadini di Taranto, rispondeva il silenzio del potere politico (Vivaldi, 2013). Nell'assenza di un dialogo efficace tra amministratori e amministrati, il GIP interveniva, così, a tutela dei diritti della popolazione tarantina, svolgendo una funzione anticipatoria nella determinazione dell'assetto di interessi che, successivamente, è stato definito dall'intervento politico-amministrativo (Bin, 2013). Con il citato decreto-legge 207/2002 cit., il Governo è intervenuto, incidendo sulle misure giudiziarie adottate e di fatto attribuendo al Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare il potere di autorizzare la prosecuzione di un'attività produttiva, per un tempo determinato non superiore a trentasei mesi, in sede di riesame dell'AIA (Salanitro, 2013; Vivaldi, 2013), prevedendo altresì, con una disposizione a carattere speciale (l'art. 3), l'applicazione di detta disciplina alla società Ilva, in quanto «impresa di interesse strategico nazionale»⁵. Il giudice *a quo*, ha sollevato molte questioni di legittimità; con particolare riferimento a quanto interessa ai fini di questa analisi, ha ritenuto che la normativa «salva Ilva» non abbia realizzato un bilanciamento ragionevole, poiché avrebbe offerto una sorta di immunità delle attività illecite e pericolose poste in essere dallo stabilimento siderurgico, rendendo impensabile ogni intervento inibitorio e in tal modo sacrificando a piè pari gli interessi alla salute e all'ambiente in favore di quello economico (o, meglio, occupazionale), sulla base di una scelta emergenziale dettata dalla crisi economica. L'ordinanza di remissione ha fatto leva sul carattere di «prevalenza» dei diritti alla salute e all'ambiente salubre, che, pertanto, non potrebbero entrare in bilanciamento con i diritti al lavoro e all'attività produttiva, potendo questi ultimi essere garantiti solo nella misura in cui non rechino pregiudizio ai primi. La Corte, però, ha dichiarato tale censura infondata, negando che il bilanciamento del legislatore possa in alcun modo

⁴ Cd. decreto «Salva-Ilva», poi convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 l. 24 dicembre 2012, n. 231.

⁵ Da qui derivano le critiche e, ancor prima, le censure di illegittimità relative alla violazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione, per un intervento normativo che pare essere stato tagliato *ad hoc*, nonostante si proponga di avere una portata regolativa più ampia (VIVALDI, 2013).

aver operato una illecita compressione di tali valori e, anzi, ritenendo ragionevole il punto di equilibrio individuato⁶.

Inoltre, la Corte ha chiarito che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno tra essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri... Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona», così negando la tesi sostenuta nell'ordinanza di remissione secondo cui, invece, esisterebbe un ordine gerarchico «statico» tra valori.

3. IL RAPPORTO TRA VALORI COSTITUZIONALI: GERARCHIA E PREVALENZA

Il caso Ilva sembra aver riaperto il dibattito circa l'esistenza o meno di una gerarchia tra valori che offra un criterio certo ai fini della determinazione dell'interesse prevalente e dell'individuazione di un punto di equilibrio ottimale, che sembrava essere stato superato (Carrozza, 2013; Frediani, 2013; Santonastaso, 2013)⁷. Se, infatti, alcuni autori ritenevano potesse essere individuato

⁶ In particolare, il giudice costituzionale ha sottolineato che: l'AIA è rilasciata dall'Autorità competente solo sulla base dell'adozione, da parte del gestore dell'impianto, delle migliori tecnologie disponibili (cd. MTD), e pertanto si qualifica come un «provvedimento per sua natura dinamico», in quanto contenente un programma di riduzione delle emissioni da riesaminare ogni cinque anni (ciò era vero nel 2013, prima che le modifiche apportate con il D.lgs. 46/2014 ampliassero l'efficacia a dieci anni); la *ratio* della legge non sia quella di limitare le sanzioni, in quanto la sanzione pecuniaria del 10% del fatturato in caso di inosservanza dei termini previsti dall'AIA non deve esser ritenuta sostitutiva delle sanzioni previste dalla disciplina in materia, ma cumulativa, in tal modo verificandosi un «aggravamento di responsabilità», anziché un suo svuotamento, come prospettato, invece, dal giudice remittente. In merito, il giudice costituzionale ha ritenuto che «la ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.) [...si noti come la Corte non faccia espresso riferimento al diritto all'iniziativa economica ex art. 41], da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso».

⁷ Alcuni commentatori della sentenza Ilva hanno infatti ritenuto che l'affermazione sulla non esistenza di una gerarchia tra interessi costituisca una novità: secondo CARROZZA quella della sentenza Ilva n. 85 del 2013 costituirebbe una «nuova tecnica di bilanciamento, altrettanto proceduralizzato secondo logiche di proporzionalità e ragionevolezza, che impedisce la costruzione di gerarchie stabili tra valori e tra diritti. Nuova dimensione alla quale la Corte sembra decisamente prestarsi, a costo di rinnegare alcuni suoi celebri e celebrati precedenti». Secondo l'autore, infatti, si passerebbe da una «tecnica verticale» di protezione dei diritti fondamentali, a una «tecnica orizzontale» CARROZZA (2013). V. anche VIVALDI (2013); FREDIANI (2013).

un ordine gerarchico tra diritti costituzionalmente protetti, ponendo al vertice la categoria dei diritti inviolabili (Baldassarre, 1991; Barbera, 1972; Branca, 1975; Rimoli, 1999; Zagrebelsky, 1992), oggi la dottrina prevalente conferma la tesi qui sostenuta dalla Corte costituzionale, ritenendo che non vi siano diritti assoluti nel pluralismo dei valori costituzionali⁸ (Bin, 1992, 2013; Azzariti, 2013).

Meno decisa della dottrina, in merito, appare la stessa Corte che, seppure tendenzialmente conferma l'assenza di una gerarchia statica di valori nel paradigma costituzionale⁹, offre tuttavia statuizioni talvolta contrarie¹⁰, dando luce a un orientamento oscillante. Nonostante, le continue contraddizioni in

Altri autori, invece, accordandosi alla dottrina prevalente, riconoscono che in tale circostanza la Corte abbia soltanto confermato un'impostazione già pacifica. Per BIN, infatti, la Corte «ha ancora una volta ripetuto che nessun principio o diritto riconosciuto dalla Costituzione, anche se essa lo definisce (com'è il caso del diritto alla salute) come "fondamentale", deve essere considerato assoluto e di per sé prevalente, perché tutti i "diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca" e sono perciò soggetti al bilanciamento» BIN (2013). Concorde è SANTONASTASO (2013).

⁸ RIMOLI, a proposito del pluralismo e della democrazia relativista, fa riferimento al cd. «integralismo laico», RIMOLI (1999); così anche ZAGREBELSKY (1992).

⁹ Si richiamano alcune pronunce con cui la Corte ha negato che i diritti costituzionalmente garantiti possano ritenersi gerarchicamente ordinati in astratto: per esempio, nelle due sentenze n. 264/2012 e n. 63/2016 (entrambe richiamate nella più recente sentenza sul caso Ilva, n. 58/2018), è sancito che «il bilanciamento deve, perciò, rispondere a criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuni di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati». Quella dell'assenza di una gerarchizzazione astratta tra valori ricavabile dalla Carta costituzionale, non è un'affermazione nuova, in quanto è richiamata in pronunce datate, come, per esempio, nella sentenza 27/1998, dove la Corte ha stabilito che «non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di "relativa priorità" nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato».

¹⁰ Si richiamano alcune pronunce nelle quali la Corte, invece, ha fatto un espresso riferimento a un ordine gerarchico tra valori costituzionalmente garantiti: con sentenza 467/1991 la Corte – con riferimento al bilanciamento tra il diritto inviolabile alla libertà a professare la propria fede religiosa e il dovere di difendere la Patria mediante il servizio militare di leva – affermava che «occorre raffrontare il particolare bilanciamento operato dal legislatore nell'ipotesi denunciata con la "gerarchia" dei valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita nelle norme costituzionali»; con sentenza 127/1990, la Corte ha ritenuto che «il limite massimo di emissione inquinante, non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama»; nella sentenza 19/1994, la Corte faceva riferimento alla «gerarchia dei valori comportata dalle norme, di rango costituzionale e ordinario, che regolano la materia in considerazione»; con sentenza 68/2012 la Corte, con riferimento alla libertà personale di un soggetto sequestrato e all'interesse economico che rappresenta il patrimonio in caso di sequestro estorsivo, ha dichiarato che «non può esservi comunque alcun dubbio in ordine alla preminenza del primo dei beni sopra indicati rispetto al secondo, nella "gerarchia" costituzionale dei valori»; e ancora, con sentenza n. 275/2016, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge regionale dell'Abruzzo nella parte in cui prevedeva che «solo nei limiti delle disponibilità finanziarie» si potesse soddisfare il diritto allo studio degli studenti disabili, pronunciandosi così a favore di una scala di priorità tra i principi costituzionalmente garantiti,

cui della Corte sul tema, i casi in cui afferma l'esistenza di una gerarchia sembrerebbero essere, secondo un'accorta dottrina, per lo più «rafforzamenti retorici» – per richiamare il *Begründungsornamente* (Shlink, 1976)¹¹ – utilizzati in via argomentativa e volti a conferire un maggior peso agli interessi considerati con riferimento al caso concreto (Bin, 1992)¹².

Pertanto, si ritiene che sia la Corte che la dottrina siano prevalentemente orientate verso la negazione dell'esistenza di una gerarchia «astratta e statica» dei valori costituzionalmente garantiti, in forza, invece, di una tutela «sistemica e dinamica» che tenga conto di tutti gli interessi eterogenei e antagonisti, dove pertanto il punto di equilibrio tra di essi non risulta essere prefissato in anticipo, ma è rimesso al bilanciamento del legislatore e, in sede di controllo, del giudice, secondo i criteri di proporzionalità e ragionevolezza. A proposito, si è parlato, in dottrina, anche di cd. «gerarchia mobile», che tenga conto del modificarsi dell'opinione pubblica, del costume sociale (Romboli, 1992; Pizzorusso, 2002; Pinelli, 2010) e in generale sembra farsi riferimento a un «ordine variabile» tra valori fondamentali in ragione del caso concreto (Morrone, 2008). Pertanto, la posizione della Corte costituzionale italiana sembra distinguersi dall'orientamento della Corte costituzionale tedesca – la quale, seppure in maniera molto oscillatoria, ammette che si parli di «ordine oggettivo dei valori»¹³, con la prevalenza assoluta del diritto alla dignità umana che potrebbe essere bilanciato con altri diritti (Alexy, 1986; Amirante, 1981; Leisner, 1997; Cervati, 1992) – o ancora dalla dottrina americana della «*preferred position*» (Bin, 1992)¹⁴.

Un conto, però, è parlare di gerarchia, altro è, invece, parlare di criteri limite: dall'analisi della giurisprudenza costituzionale, si nota, infatti, come, nel bilanciamento tra interesse ambientale e interessi economici, la Corte ab-

nella misura in cui il diritto all'istruzione del diversamente abile, sancito dall'art. 38 Cost., viene ritenuto incompressibile, in quanto «impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile».

¹¹ SHLINK (1976), che definisce le argomentazioni del BVerfG che evidenziano inesistenti conflitti tra istanze generali, come la certezza del diritto e l'eguaglianza sostanziale, con una mera funzione legittimante e abbellente della decisione. Sul punto anche BIN (1992).

¹² Oppure, afferma BIN (1992), le affermazioni della Corte che sembrerebbero invalidare l'orientamento della inesistenza di una gerarchia tra valori, sono semplicemente degli «*obiter dicta* che il più delle volte distolgono l'attenzione dalla vera e propria *ratio decidendi*».

¹³ In Germania, infatti, vale il cd. *Bundesverfassungsgericht* sulla base del quale il Tribunale costituzionale federale tedesco, al fine di verificare l'esito dei conflitti di interessi, applica la dottrina dell'ordinamento di valori oggettivi (cd *objective Wertordnung*), sulla base di tecniche di giudizio «scientifiche» che sono state dallo stesso sviluppate (per es. il sindacato di *Verhältnismäßigkeit*). Tuttavia, anche sul sistema tedesco, la dottrina ha orientamenti opposti, in quanto alcuni ritengono che l'impostazione appena esposta sia in realtà del tutto formale, in quanto in sostanza il giudice costituzionale si troverebbe ad avere un ampio potere creativo, al punto che si parla di trasformazione dello Stato di diritto in uno Stato di bilanciamento (*Abwägungsstaat*). Sul punto v. Anche SCHEFOLD (1994).

¹⁴ Per un approfondimento vedi MORRONE (2008); ROMBOLI (1992); PIZZORUSSO (2002); PINELLI (2010).

bia più volte ribadito, che il limite massimo di emissione inquinante sia quello «assoluto e indefettibile della tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive», che non solo si ricava dall'art. 32 Cost., ma anche dall'art. 41 stesso, laddove prevede che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con la libertà, la dignità umana e la sicurezza, in quanto è tenuta al rispetto della clausola dell'*utilità sociale* (Vivaldi, 2013; Santonastaso, 2013; si v. al contrario Azzariti, 2013 il quale rileva la sostanziale inutilità di tale clausola)¹⁵. Da ciò, a rigor di logica, dovrebbe derivare l'esplicito assunto per cui alcuni valori – tra cui quello ambientale – debbano essere oggetto della massima tutela, essere sempre considerati nel bilanciamento operato in concreto dal legislatore e dalla P. A., e non possano essere ritenuti subordinati rispetto ad altri valori (De Lucia, 2016)¹⁶. Con riferimento al caso Ilva, la dottrina a commento (Vivaldi, 2013; Frediani, 2013; Carrozza, 2013; Cristiani, 2013) ha criticato la mancata esplicitazione, nella sentenza del 2013, del limite della «tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive», nonché il mancato richiamo dei numerosi precedenti che, invece, vi fanno riferimento¹⁷; tuttavia, in tale occasione la Corte ha comunque ribadito che «la qualificazione come primari dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati», salvo poi chiarire che l'aggettivo fondamentale contenuto nell'art. 32 Cost. non possa

¹⁵ v. Corte cost.: 250/2009; 127/1990; n. 196/1998; 22 giugno 1983, n. 184; 29/1957; 11/1960; 131/1971; 20/1978; 446/1988; 151/1986; 437/2001; 27/2003. Sulla clausola dell'*utilità sociale* AZZARITI rileva la «sostanziale irrilevanza del vincolo costituzionale dell'*utilità sociale* per le imprese multinazionali, ma forse ormai anche per quelle nazionali» in un sistema dove a essere sovrana non sembra più la Costituzione, bensì la c.d. *lex mercatoria*. AZZARITI (2013).

¹⁶ Non a caso i valori culturali, paesaggistici e ambientali hanno ricevuto, dal legislatore amministrativo, uno speciale regime di tutela 'rafforzata', nella l. 241/1990 e, in particolare, negli artt. 14-*quater*, comma 3, art. 16, comma 3, art. 17, comma 2, art. 19, comma 1, art. 20, comma 4. V. sul punto DE LUCIA (2016).

¹⁷ La già citata sentenza n. 250/1990 con la quale la Corte ha ribadito che gli interessi dell'impresa sono «certamente recessivi a fronte di un'eventuale compromissione, se del caso indotta dal mutamento della situazione ambientale, del limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive» e nella quale ha specificato che l'esigenza di tutelare le aspettative dell'impresa «non può prevalere sul perseguimento di una più efficace tutela di tali superiori valori ove la tecnologia offra soluzioni i cui costi non siano sproporzionati rispetto al vantaggio ottenibile»; nonché la più volte richiamata sentenza n. 127/1990, dove la Corte ha stabilito che «il limite massimo di emissione inquinante (da calcolare proprio in ragione delle migliori tecnologie disponibili per la riduzione delle emissioni stesse) non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama», in tale occasione la Corte ha altresì specificato che «il fattore costo non viene in considerazione sotto nessun riguardo quando si tratta di zone particolarmente inquinate o per specifiche esigenze di tutela ambientale [...]: nel qual caso i limiti delle emissioni possono essere persino più restrittivi degli stessi valori minimi».

essere considerato come rivelatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona, «né la definizione data, da questa Corte, dell'ambiente e della salute come valori primari (sentenza n. 365 del 1993) implica una rigida gerarchia tra diritti fondamentali».

Al di là dei rafforzamenti retorici circa la preminenza gerarchica di alcuni interessi su altri, dall'atteggiamento del giudice costituzionale – con alcune eccezioni, quale quella rappresentata dal caso Ilva – traspare, pertanto, la necessità di una garanzia di tutela (almeno) del nucleo essenziale dei diritti all'ambiente e alla salute. Si aggiunga che, nel 2018, la Corte si è nuovamente pronunciata sul caso Ilva con sentenza n. 58/2018, tornando ad allinearsi questa volta con i precedenti su richiamati, in un'ottica più garantista. Infatti, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 3 del d.l. 92/2015¹⁸ ha ritenuto che, a differenza di quanto avvenuto nel 2012, il legislatore in questo caso abbia privilegiato in modo eccessivo l'interesse economico all'attività produttiva, trascurando del tutto i diritti inviolabili della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui è necessariamente legato anche il diritto al lavoro in un ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.). Infatti, la normativa censurata subordinava la prosecuzione dell'attività d'impresa esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un piano da parte dell'impresa, senza prevedere alcuna partecipazione delle autorità pubbliche (che avrebbero dovuto essere informate solo successivamente, con una mera comunicazione-notizia), concedente un termine (anche provvisorio) di trenta giorni, e omettendo di imporre l'adozione di immediate misure volte alla rimozione della situazione di pericolo (Catalisano, 2018). Con tale pronuncia, la Corte ha avuto così modo di ribadire alcuni dei principi che erano rimasti silenziosi nella pronuncia del 2013; in particolare, ha riconfermato che: «l'art. 41 Cost. deve essere interpretato nel senso che esso limita espressamente la tutela dell'iniziativa economica privata quando questa ponga in pericolo la sicurezza del lavoratore (sentenza n. 405 del 1999)» e che «le norme costituzionali di cui agli artt. 32 e 41 Cost. impongono ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori (sentenza n. 399 del 1996)»¹⁹.

Tuttavia, la pronuncia del 2018 ha confermato la legittimità del bilanciamento operato con il decreto «Salva Ilva» nel 2013; pertanto, l'attività produttiva dell'acciaieria ha comunque potuto proseguire. Ne è risultata una netta propensione a favorire gli interessi produttivi, con la subordinazione dei diritti

¹⁸ Il secondo decreto Ilva, rubricato «Misure urgenti per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti oggetto di sequestro».

¹⁹ Corte cost., sent. 58 del 7 febbraio 2018, in *cortecostituzionale.it*.

fondamentali della persona umana quali salute e ambiente, senza cura del nucleo essenziale di tali diritti, posto che la condizione sanitaria critica e pericolosa risulta tuttora permanente.²⁰ Sino a portare, dopo ulteriori misure in favore dell'Ilva²¹, all'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale ha accolto il ricorso presentato da alcuni cittadini tarantini, dichiarando – con sentenza del 24 gennaio 2019 – l'Italia responsabile per la mancata tutela del diritto alla vita (art. 2 CEDU) e alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU)²².

4. CONCLUSIONI

In conclusione, non risultano chiari i criteri sulla base dei quali debba essere condotto il bilanciamento tra interessi economici da una parte e interessi alla salute e all'ambiente dall'altro. Se non si può affermare l'esistenza di un ordine gerarchico di valori nell'assetto costituzionale italiano – così come affermano la giurisprudenza e la dottrina prevalenti (Zagrebel'sky, 1992; Cheli, 1996) – tuttavia, si ritiene che il bilanciamento non dovrebbe poter essere considerato «libero» ma dovrebbe essere in ogni caso condotto tenendo conto di categorie giuridiche quali quella dei «principi supremi» e del «contenuto essenziale dei diritti fondamentali»²³ dei quali, però, nelle statuizioni della Corte, non risultano chiari né la definizione né gli effetti concreti (Morrone, 2008). In alcuni casi, infatti, sembrerebbero essere diritti assoluti e per questo non subordinabili ad altri; altre

²⁰ Come, peraltro, dimostra uno studio epidemiologico del Gruppo di lavoro per la conduzione di studi di epidemiologia analitica Area Taranto e Brindisi del 2016, sugli effetti delle esposizioni ambientali ed occupazionali sulla morbosità e mortalità dei cittadini tarantini, il quale è consultabile su www.sanita.puglia.it.

²¹ Nonostante la permanenza delle criticità ambientali, infatti, sono stati adottati ulteriori decreti volti a favorire il proseguimento dell'attività produttiva dell'Ilva, quali il d.l. 4 giugno 2013, n. 61 convertito in l. 3 agosto 2013, n. 89 – a conferma della prosecuzione dell'attività e volta al commissariamento dell'impresa – il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013, n. 125, il d.l. 10 dicembre 2013, n. 136 convertito in l. 6 febbraio 2014, n. 6, i quali hanno specificato gli interventi necessari a superare la situazione emergenziale, nonché i d.l. 16 luglio 2014, n. 100 e 4 luglio 2015 n. 92, entrambi decaduti per mancata conversione. Infine il d. ministeriale 21 gennaio 2015 che ha ammesso l'Ilva alla procedura di amministrazione straordinaria, i d.l. 4 dicembre 2014 n. 191 e 9 giugno 2016 n. 98 in forza dei quali è stata prevista la cessione dell'Ilva in favore dell'Am Investco Italy S.r.l. nel giugno 2017.

²² Sul punto v. *Francesco Cordella et autres c. Italie e Lina Ambrogio Melle et autres c. Italie*, CEDU, sentenza del 24 gennaio 2019 sulle richieste nn. 54414/13 e 54264/15, 2016. Si ricorda che in precedenza la Corte di Giustizia UE aveva condannato l'Italia con sentenza del 31 marzo 2011 per infrazione degli obblighi derivanti dalla direttiva 2008/1/CE sulla prevenzione e riduzione dell'inquinamento -v. *Commissione europea c. Repubblica italiana, CGE, 31 marzo 2011, causa C-50/10*. v. anche il parere motivato della Commissione europea del 16 ottobre 2014, a seguito della procedura di infrazione n. 2177/2013, con il quale l'Italia veniva sollecitata a risolvere i problemi di inquinamento del sito dell'Ilva, nel rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali.

²³ Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Giur. cost.*, 1988, 5565.

volte rilevano, invece, come valori relativi, e quindi in ogni caso comparabili con altri valori. Ciò che a tratti sembrerebbe emergere è che tali diritti, essendo espressione della «persona umana»²⁴, siano destinati comunque a prevalere su diritti che non abbiano tale qualità specifica. Nella prassi, risulta però che i «valori primari» siano spesso fortemente relativizzati in virtù di altri diritti costituzionalmente garantiti, in ragione delle esigenze specifiche del contesto reale in cui operano, al punto che ci si domanda se la qualifica che gli viene attribuita abbia una valenza solo formale o qualche conseguenza sostanziale, oltre a quella di una generica prevalenza sui diritti non costituzionalmente garantiti, e quindi di rango inferiore, caratteristica che non sembrerebbe distinguere i «valori primari» dagli altri valori costituzionali. La sentenza Ilva del 2013 conferma un orientamento ormai granitico della Corte, secondo cui tutti i diritti fondamentali risultano collocati allo stesso livello (Azzariti, 2013; Paciotti, 2001): l'equiparazione dei diritti ha come diretta conseguenza l'impossibilità per l'interprete di ricavare dal dettato costituzionale una gradazione capace di determinare la prevalenza di alcuni principi sugli altri, contribuendo al passaggio da un costituzionalismo prescrittivo a un costituzionalismo descrittivo. Conseguenza, questa, di fenomeni quali la complessità sociale, l'emersione continua di cdd. «nuovi diritti», la globalizzazione non solo del mercato, ma altresì dei rapporti giuridici (Baldassarre, 2002; Beck, 2000; Luciani, 1996). La perdita di prescrittività (Pinelli, 2010) della Costituzione non può che comportare una relativizzazione dei diritti fondamentali, e da qui non solo poca chiarezza negli orientamenti della Corte, ma anche, come si è visto, la confusione degli interpreti, nonché una sempre maggiore «liquidità» dell'ordinamento (Bauman, 2002)²⁵.

Appare chiaro che il decreto Ilva abbia rappresentato una misura emergenziale con cui il legislatore – come accade ciclicamente – ha voluto premiare l'elemento economico, laddove le disastrose conseguenze della crisi finanziaria si sono trasferite sul piano dell'economia reale e su quello occupazionale. In ogni caso, quello prospettato sembrerebbe essere un indirizzo interpretativo diffuso, dovuto a un progressivo processo di «normalizzazione» della crisi economica: si pensi al principio dello sviluppo sostenibile (Grassi, 2008)²⁶ che non è declinato soltanto nel senso ambientale della soste-

²⁴ Per quanto riguarda, in particolare, il diritto alla salute v. Corte cost. 19 gennaio 1987, n. 1, in *Giur. cost.*, 1986, 1430; con riferimento alla tutela dell'ambiente e del paesaggio Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151, in *Giur. cost.* 1986.

²⁵ Per un approfondimento v. AZZARITI (2013); MORTATI (2008); PINELLI (2010); PACIOTTI (2001).

²⁶ E anche sulla base di quanto previsto dall'art. 11 TFUE, secondo cui «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.» Sullo sviluppo sostenibile come vero e proprio criterio procedurale, v. GRASSI, (2008, 177 e ss.).

nibilità, ma è considerato anche nella sua declinazione sociale, sulla base dei tre pilastri che, ugualmente, lo compongono, quali: *environment* – che richiede un’adeguata protezione dell’ambiente al fine di garantirne la salubrità; *economy* – che richiede la salvaguardia, altresì, della produzione; *equity* – a salvaguardia dei livelli occupazionali (Bryner, 2002; Fracchia, 2010; Frediani, 2013).

Si pensi, inoltre, all’art. 3-*quater* del Codice dell’Ambiente il quale pur prevedendo la prioritaria considerazione degli interessi alla tutela dell’ambiente e del patrimonio culturale, non fa riferimento a una prevalenza assoluta di tali interessi, limitandosi a porre in capo all’amministrazione la necessità di una «tutela rafforzata» che in sostanza si riduce, però, nella mera garanzia che tali interessi vengano sempre considerati nei processi decisionali (Grassi, Cecchetti, 2002).

Nell’ambito di questa stessa tendenza può inserirsi la recente riforma del procedimento amministrativo ad opera del decreto Madia n. 127 del 2016, la quale, specificamente laddove prevede la modifica della conferenza di servizi e la introduzione del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni, ha comportato un depotenziamento della tutela dei cd. interessi sensibili, rendendo più facilmente superabili i dissensi delle amministrazioni che ne sono portatrici²⁷ (De Lucia, 2016).

Alla luce degli esempi elencati, ne risulta una situazione contraddittoria: da una parte l’ordinamento formalmente sancisce il *prius* del diritto all’ambiente, dall’altra parte, però, sostanzialmente relativizza tale tutela. Infatti, risulta poco chiara la nozione di «nucleo essenziale» dei diritti fondamentali, dalla cui definizione non si può però prescindere, dal momento che essa dovrebbe costituire il presupposto del bilanciamento. Bilanciamento che, come risulta evidente dagli orientamenti oscillanti della giurisprudenza costituzionale, tende oggi a manipolare tale nozione giuridica, ampliandola e restringendola a seconda di quale sia l’interesse che si vuole fare prevalere. Siffatta incongruenza sembra essere dovuta all’osservanza, da parte dell’interprete, di una certa prudenza che vede i diritti alla salute e all’ambiente sottoposti a continui ridimensionamenti, al punto che questi diventano «diritti finanziariamente condizionati» (Deidda; Natale, 2014).

²⁷ Nel caso della conferenza di servizi il dissenso espresso dalle amministrazioni portatrici di interessi sensibili non si pone più come ostacolo alla conclusione in senso favorevole della conferenza, ma ha il solo effetto di sospendere l’efficacia per dieci giorni, fatta salva la possibilità per le amministrazioni dissenzienti di proporre opposizione al Presidente del Consiglio; nel caso del nuovo art. 17-*bis*, il silenzio inter-amministrativo si applica a prescindere che abbia ad oggetto interessi sensibili o meno, con la sola differenza che quando vi siano in gioco tali interessi è previsto un termine più lungo per l’acquisizione dell’assenso (novanta giorni anziché trenta: una magra consolazione).

Se la carta costituzionale non offre criteri per la determinazione di una prevalenza di determinati interessi su altri, non può dirsi diversamente del legislatore il quale, a fronte di una diffusa crisi del circuito politico-elettorale – anch'essa conseguenza dello sviluppo pluralistico della società e delle istituzioni – non è più in grado di individuare aprioristicamente i criteri di prevalenza e i rapporti tra i interessi eterogenei e, pertanto, ricorre sempre più spesso a un «meccanismo di delega», rinviando l'onere di individuazione dell'equilibrio e la concreta gestione dei conflitti sociali alla Pubblica amministrazione. L'inflazione normativa, così, conduce verso un processo di amministrativizzazione della funzione legislativa: la legge, da strumento di *selezione* degli interessi per mezzo di una «regola di prevalenza», è divenuta strumento di *coesistenza* di tali valori per mezzo di una «regola di compatibilità» (Rodotà, 1992). Nell'ambito di tale quadro prospettico, si inserisce, come si è detto, il fenomeno della globalizzazione che indebolisce la capacità decisionale degli Stati (Revelli, 2009), altera le procedure democratiche e interviene pericolosamente nell'assetto degli interessi fondamentali, comportandone il depotenziamento a fronte di una «riggerarchizzazione» tra potere politico e potere economico (Di Giovine, 2005; Pamelin, 2017).

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEXY (1986), *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Francoforte Sul Meno.
- AMIRANTE (1981), «La costituzione come “sistema di valori” e la trasformazione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della corte costituzionale tedesca», in *Politica del diritto*, 9 ss.
- AZZARITI (2013), *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma.
- BALDASSARRE (2002), *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari.
- BARBERA (1975), «Art. 2», in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna.
- BAUMAN (2002), *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari.
- BECK (2000), *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carrocci, Roma.
- BIN (2013), «Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”», in *Giur. cost.*, 1510 ss.
- , *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- BRYNER (2002), «Policy devolution and environmental law: exploring the transition to sustainable development», in *Environs envtl. law policy journal*, 16 ss.
- CASSESE (1992), «Introduzione allo studio della normazione», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 319.
- CATALISANO (2018), «Il caso Ilva: Commento alla sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale», in www.AmbienteDiritto.it, 11.

- CERVATI (1992), «In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentativi e “bilanciamento” tra valori costituzionali», in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici (Atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992)*, Giuffrè, Milano.
- CHELI (1996), *Il giudice delle leggi*, Bologna: Il Mulino.
- CRISAFULLI (1968), Voce «Fonti del diritto», in *Enciclopedia del diritto*, 950.
- (1993), *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Cedam, Padova.
- CRISTIANI (2013), «Introduzione al Convegno sul caso Ilva», intervento al Convegno «Il caso Ilva: nel dilemma tra protezione dell'ambiente, tutela della salute e salvaguardia del lavoro, il diritto ci offre soluzioni?» del 15 marzo 2013 organizzato dall'Istituto Dirpolis della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, in *federalismi.it*, n. 15.
- DE LUCIA (2016), «La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127», in *Rivista giuridica di urbanistica*, 22 e ss.
- DEIDDA, NATALE (2014), «Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva», in *Quest. giust.*, 2, 71.
- DI CRISTINA (2013), «Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo», in *Giorn. dir. amm.*, fasc. 4, 370 ss.
- DI GIOVINE (2005), «Democrazie colonizzate», in Di Giovine, Sicardi (a cura di), *Democrazie imperfette*, Giappichelli, Torino.
- DOGLIANI (2001), «Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico», in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11*, Giappichelli, Torino.
- FALZEA (2007), «Complessità giuridica», in *Enciclopedia Giuridica, Annali*, 2007.
- FERRARA (2010), «Il diritto alla salute: i principi costituzionali» in Rodotà, Zatti e Ferrara (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. *Salute e Sanità*, Giuffrè, Milano.
- FOIS (1972), Voce «Legalità (principio di)», in *Enc. dir.*, vol XIII, Milano, 696.
- FRACCHIA (2010), *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- FREDIANI (2013), «Autorizzazione integrata ambientale e tutela “sistemica” nella vicenda dell'Ilva di Taranto», in *federalismi.it*, n. 15.
- GENINATTI SATÈ (2013), «“Caso Ilva”: la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)», in *forumcostituzionale.it*.
- GRASSI (2008), «Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile», in Bifulco e D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Jovene, Napoli.
- LEISNER (1997), *Der Abwägungsstaat. Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?*, Duncker & Humblot, Berlino.
- LUCIANI (1996), «L'antisovrano e la crisi delle costituzioni», in *Rivista di diritto costituzionale*, 171.
- LUHMANN (1979), *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano.

- MAZZAMUTO (1993), «La legalità debole dei principi», in *Dir. Soc.*, 473 ss.
- MELI (2013), «Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva», in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 1017-1026.
- MENEGHELLI (1990), «Breve spunto di riflessione critica su un aspetto particolare dell'attuale crisi della legge», in *Dir. Soc.*, 220.
- MODUGNO, NOCILLA (1989), «Crisi della legge e sistema delle fonti», in *Dir. soc.*, 411.
- MORRONE (2008), Voce «Bilanciamento (Giustizia costituzionale)», in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, 185.
- MORTATI (1968), *Le leggi provvedimento*, Giuffrè, Milano.
- NIGRO (1990), «Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)», in Trimarchi (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio, Giuffrè, Milano.
- PINELLI (2010), «Il diritto per principi e la comunità degli interpreti», in *Sociologia: Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, anno XLIV, 3, 137.
- PIZZORUSSO (2002), «Ragionevolezza e razionalità nella creazione e nell'applicazione della legge», in La Torre, Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino.
- RAVELLI (2009), *Sinistra destra. L'identità smarrita*, Laterza, Roma-Bari.
- RESCIGNO (2007), «Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime», in *Diritto pubblico*, 2, p. 320-328.
- RODOTÀ (1992), *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Bari.
- ROMBOLI (1992), «Il significato essenziale per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti e libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti», in Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino.
- SALANITRO (2013), «Il decreto Ilva tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale», in *Il Corriere giuridico*, III, 1047.
- SCHEFOLD (1994), «Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca», in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale – Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano.
- SHLINK (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlino.
- STAIANO (2013), «Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli», in *federalismi.it*, fasc. n. 11, 2013, 7-10.
- VIVALDI (2013), «Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali», in *federalismi.it*, n. 15.
- ZAGREBELSKY (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

PARTE 3

ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

SOLIDARIDAD Y LEALTAD COMO EJES AXIALES DE ARTICULACIÓN DE LAS RELACIONES DE COLABORACIÓN HORIZONTALES

M.^a JOSEFA RIDAURA MARTÍNEZ
Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La colaboración como elemento estructural del Estado Autonómico. 3. Un difícil andamiaje para edificar la colaboración horizontal. 3.1 El espinoso marco normativo. 3.2 Más allá de la norma. 4. Aparición y reafirmación de la colaboración horizontal. 5. Colaboración horizontal, solidaridad, lealtad constitucional. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Pese a las dificultades que atravesó nuestro proceso autonómico, puede afirmarse que España ha alcanzado un profundo grado de descentralización política, habiendo asumido las CCAA competencias que, cuantitativa y cualitativamente, les han conferido un valioso nivel de autogobierno y les han dotado de una estabilidad institucional que difícilmente puede desarmarse. Pero, es cierto que nuestro modelo de organización territorial cuenta con problemas de articulación y de ordenación jurídica e institucional que con el paso del tiempo han sido más palmarios y que, por tanto, convendría revisar. Y es que, como señaló Rubio Llorente «Es absolutamente injusto considerar que el Estado de

las Autonomías ha sido un desastre sin paliativos, pero sería absurdo verlo como un éxito sin sombras» (Rubio Llorente, 2013, 14).

Las causas son diversas y complejas, sin que sea el objeto de este trabajo adentrarnos en su análisis; pero, de manera notable, en los últimos años, son dos las que han servido como detonante para plantear con mayor intensidad la revisión del modelo territorial: particularmente, la irrupción de la crisis económica, que ha obligado a la adopción de medidas que han tenido un impacto muy palmario en la autonomía financiera y, por consiguiente, política de las Comunidades Autónomas; acarreando consecuencias jurídico-constitucionales de hondo calado en el modelo de Estado proclamado constitucionalmente. Y, señaladamente, el desafío soberanista en Cataluña que ha supuesto un fuerte cuestionamiento del orden constitucional rompiendo las costuras de nuestro modelo de organización territorial. Todo ello acrecienta la necesidad de su revisión, planteándose en este orden diversas y antagónicas propuestas que van desde la recentralización y desmantelamiento del Estado Autonómico; pasando por la denominada Vía Federal¹; o por su revisión para dotar de mayor contenido, clarificación y estabilidad constitucional al modelo territorial; pues su comprensión certera y cabal ya no puede hacerse desde la mera lectura constitucional, sin acudir a la doctrina constitucional y a la legislación de desarrollo.

De las posibles reformas, en este trabajo me centraré, exclusivamente, en una de ellas que me parece conveniente, concerniente a una cuestión esencial en los modelos descentralizados como es el fortalecimiento de la colaboración horizontal entre Comunidades Autónomas, enmarcándola en dos principios axiales en la articulación del Estado: la solidaridad y la lealtad constitucional. Estos constituyen, desde nuestro punto de vista, no el único fundamento de las relaciones interautonómicas, pero sí que son basilares para ordenar su cabal implementación, pues la colaboración horizontal, en muchas ocasiones, deriva bien de la exigencia, bien de la conveniencia de una actuación solidaria, y, además, siempre ha de ser una colaboración leal. En consecuencia, advertidos los principales problemas que estas relaciones han ido planteando, su reforma –en el marco del constitucionalismo actual– puede contribuir a soslayar las dificultades con las que se enfrentó inicialmente esta colaboración en nuestro ordenamiento, y que han lastrado su necesario arraigo.

¹ Sobre dicho planteamiento vid. AJA (2014); CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2014); así como MUÑOZ MACHADO ET AL. (2017).

2. LA COLABORACIÓN COMO ELEMENTO ESTRUCTURAL DEL ESTADO AUTONÓMICO

La colaboración vertical entre Estado y Comunidades Autónomas, con más luces que sombras, se ha ido acrisolando en nuestro ordenamiento, convirtiéndose en un elemento estructural del modelo de organización territorial. Y ello pese a que la Constitución española de 1978 –como es bien conocido– no reguló mecanismos de cooperación o colaboración entre los órganos centrales del Estado y las CCAA. Sin embargo, paulatinamente, se fue tejiendo todo un armazón de vías que permitieron la colaboración vertical, al evidenciarse su necesidad como instrumentos jurídico-políticos de cohesión constitucional en el marco de un Estado compuesto. En efecto, es innegable que la articulación de un sistema de relaciones entre los distintos centros de decisión constituye uno de los ejes centrales de los Estados descentralizados; así lo resalta Albertí al manifestar que esta colaboración es «el término clave que califica en la actualidad a la práctica totalidad de los regímenes compuestos» (Albertí Rovira, 1985, 155)²; de modo que esta colaboración vertical está, hoy, bien arraigada, ya que sin ella el Estado compuesto no resulta viable (Tajadura Tejada, 2010, 245)³.

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pública constituyó un avance importante en este campo, al ser el primer intento de regular ordenadamente los instrumentos de colaboración intergubernamental verticales nacidos hasta el momento: las Conferencias Sectoriales, las Comisiones Bilaterales de Colaboración, los Órganos mixtos, los Planes y Programas Conjuntos, los Convenios de Colaboración, en sus distintas modalidades: los Convenios propiamente dichos, los Convenios de Conferencia Sectorial, los Protocolos, los Acuerdos de Colaboración, entre los más importantes, los Consorcios entre ambas Administraciones, a los que pueden dar lugar los Convenios. Además, a partir de 2004 irrumpió en la escena de las Relaciones Intergubernamentales la Conferencia de Presidentes.

Más recientemente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula las relaciones internas entre las Administraciones, estableciendo los principios generales de actuación y las técnicas de relación entre los distintos sujetos públicos. Esta ley actualiza el marco anterior incorporando la doctrina constitucional que ha venido diferenciando los principios

² En esa misma línea vid. CÁMARA VILLAR (2004); GARCÍA MORALES, MONTILLA MARTOS, ARBÓS MARÓN (2006); MENÉNDEZ REXACH, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2011); RIDAURA MARTÍNEZ (2009); RUIZ GONZÁLEZ (2012); TAJADURA TEJADA (2010).

³ Asimismo, se ha calificado certeramente como el ADN de un Estado compuesto (EXPÓSITO, 2017, 2).

clave de las relaciones entre Administraciones: la cooperación, que es voluntaria y la coordinación, que es obligatoria; y distingue, además, entre:

— Colaboración, entendida como «el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes»⁴;

— y Cooperación, «cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común».

En consecuencia, atendiendo a esta clarificación, en este trabajo nos moveremos en la egida de la colaboración y de la cooperación; pero no de la coordinación, aunque en ocasiones confluyan inevitablemente.

Además, el nuevo texto legal incorpora la ordenación de la Conferencia de Presidentes; y remarca los principios que han de regir las relaciones entre Administraciones, destacadamente, por lo que a este trabajo se refiere, la lealtad, la solidaridad, y «la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento» (art. 140).

Contrasta, sin embargo, que la Constitución –que, como hemos visto, no había previsto los instrumentos para vehicular las relaciones de colaboración entre Estado y CCAA– sí que tuviera en cuenta la ordenación de las relaciones horizontales entre estas últimas. Pese a dicha previsión, su puesta en funcionamiento se demoró, ya que el arranque y puesta en funcionamiento regular de la descentralización política ocupó a las Comunidades Autónomas en materializar la descentralización, elaborando sus propios Estatutos, creando sus instituciones de autogobierno y asumiendo sus competencias. Proceso que se canalizó a través, esencialmente, de convenios de colaboración vertical entre los órganos centrales del Estado y los de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, la preocupación máxima durante el proceso autonómico fue la de asegurar el autogobierno, ya que sin competencias no es posible trazar un mínimo mapa de cooperación⁵.

⁴ En el Art. 142 se recoge el siguiente contenido de la colaboración: a) El suministro de información, datos, documentos o medios probatorios que se hallen a disposición del organismo público o la entidad al que se dirige la solicitud y que la Administración solicitante precise disponer para el ejercicio de sus competencias. b) La creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa con el fin de disponer de datos actualizados, completos y permanentes referentes a los diferentes ámbitos de actividad administrativa en todo el territorio nacional. c) El deber de asistencia y auxilio, para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias, en especial cuando los efectos de su actividad administrativa se extiendan fuera de su ámbito territorial. d) Cualquier otra prevista en una Ley.

⁵ Aunque no haya sido un fenómeno exclusivo de España, pues también en Austria la colaboración horizontal se demoró bastante. Vid. un exhaustivo estudio de las relaciones de colaboración en el

Más tarde, estas relaciones de carácter horizontal fueron cobrando una relevancia especial a medida que los instrumentos de colaboración vertical se fueron consolidando, cristalizando su posición jurídico-política en el marco constitucional. Pero, aún así, toparon con dificultades de diverso orden, pues junto a su compleja articulación jurídica hay que añadir que la naturaleza política de estas relaciones, en muchos casos, hace depender de la voluntad política su puesta en marcha y su efectivo desarrollo⁶.

3. UN DIFÍCIL ANDAMIAJE PARA EDIFICAR LA COLABORACIÓN HORIZONTAL

3.1 El espinoso marco normativo

Si nos centramos, exclusivamente, en las vías de colaboración previstas en el texto constitucional, podremos advertir que:

I. El artículo 145 ordena las relaciones de colaboración entre Comunidades Autónomas, precedido por la prohibición de federación entre ellas (artículo 145.1). Se trata de una cláusula *ad cautelam* prevista en algunos Estados federales⁷, que también estaba contemplada en la Constitución española de 1931. Aunque, en nuestro caso, la redacción del precepto en estos términos respondía a la clara intención de no dejar puertas abiertas a posibles alianzas políticas entre territorios autónomos que pudieran poner en cuestión el principio de unidad (González García, 2009); esto es, lo que se quería evitar era la temida fusión de Comunidades Autónomas, o la absorción de una Comunidad por otra⁸. Previsión cabal, que no carece de fundamento.

Entrando en la ordenación constitucional de los instrumentos de colaboración, el artículo 145.2 CE dispone que las CCAA pueden celebrar, por un

Derecho Comparado, tanto teórico como mediante la aplicación práctica en AJA, GARCÍA MORALES (2001, 645 ss.).

⁶ Sobre este particular CARMONA CONTRERAS (2006, 90) afirmaba: «La incapacidad autonómica para fomentar dinámicas de colaboración multilateral resulta una evidencia incontestable cuando se constata no sólo la total ausencia de foros horizontales (al estilo de la Conferencia de presidentes regionales) sino también el carácter prácticamente inédito de los convenios suscritos entre CCAA».

⁷ Esta prohibición aparece también en otros países de estructura federal o compleja: artículo 7 de la Constitución de Suiza; artículo 1, sección 10, apartados 1 y 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América; artículo 117 de la Constitución de México de 1917; artículo 108 de la Constitución Argentina de 1853. En Alemania, esa prohibición se infiere de los principios fundamentales de la Constitución por vía interpretativa (GARCÍA MORALES, 1998).

⁸ Sobre la génesis y significado del artículo 145.1 CE, cuya inclusión tuvo firma valenciana vid. RIDAURA MARTÍNEZ (2016).

lado, Convenios para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas; correspondiendo a los Estatutos de Autonomía la regulación de los supuestos, requisitos y términos de su celebración, así como el carácter y los efectos de su comunicación a las Cortes Generales. Por otro, pueden adoptar Acuerdos de cooperación, para los que se requiere la previa autorización de las Cortes Generales. Con ello, como ha afirmado Calafell, «la Constitución viene a reconocer, no a autorizar, la capacidad de las Comunidades Autónomas para colaborar entre ellas» (Calafell Ferra, 2004, 328).

Es cierto que esta formulación constitucional plantea una serie de problemas (Albertí Rovira, 1994, 107-109), comenzando porque el precepto no aclara las actuaciones que deben recibir la calificación de convenio o de acuerdo (Ruiz González, 2012, 310 ss.), siendo relevantes las consecuencias que ello acarrea, ya que, en atención a la calificación que reciban, el artículo 145.2 CE dispone un régimen distinto en orden a la intervención de las Cortes Generales: en el caso de los convenios sólo se requiere que sean comunicados; mientras que en el caso de los acuerdos es necesaria su aprobación por las Cámaras.

II. Pero, los mayores escollos no son los constitucionales, pues han sido los Estatutos de Autonomía los que, en lugar de proceder a una ordenación homogénea y coherente de dichas exigencias constitucionales en aras de facilitar una colaboración convencional más fluida entre las Comunidades Autónomas, han planteado importantes trabas, por lo que García Morales ha calificado certeramente como «la desaprovechada remisión constitucional a los Estatutos de Autonomía» (García Morales, 2018, 1998). En este trabajo, tan sólo los apuntaremos muy brevemente, ya que han sido objeto de tratamiento más amplio en otro estudio anterior (Ridaura Martínez, 2013):

(a) Los Estatutos de Autonomía no lograron ofrecer un criterio material de delimitación entre los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación, desaprovechando la ocasión para introducir criterios de clarificación material. Además, algunos Estatutos incluso limitaron la posibilidad de celebración de convenios sólo en el marco de sus competencias exclusivas⁹, erigiéndose, así, una correspondencia entre celebración de convenios para la prestación de servicios propios y competencias exclusivas. Vinculación competencial que parece poco apropiada, pues, ciertamente, las Comunidades Autónomas sólo pueden celebrar convenios en ámbitos en los que tienen competencias, pero la gestión o prestación de servicios puede enmarcarse en el

⁹ El tema ha sido objeto de un amplio debate doctrinal, vid. SANTOLAYA MACHETTI (1984); SÁNCHEZ NAVARRO (1999); TAJADURA TEJADA (1996); MENÉNDEZ REXACH (1982).

ámbito material sobre el que la Comunidad Autónoma tiene competencias distintas a las exclusivas¹⁰; por lo que parece más acertado extender la posibilidad de celebrar convenios en las materias en las que las tengan, sin ceñirlas sólo a las exclusivas¹¹.

Ha sido la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura la que con mayor claridad dispone la facultad de la Junta para proponer, negociar y formalizar con otros Gobiernos autonómicos convenios «para la planificación, gestión y prestación de servicios de carácter administrativo o ejecutivo en todas las materias de su competencia (artículo 65). Distinguiéndolos de los acuerdos de cooperación que, a propuesta de la Junta, la Comunidad Autónoma pueda formalizar con otras Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias para el ejercicio conjunto de funciones normativas, institucionales y políticas diferentes de las puramente reglamentarias, ejecutivas o administrativas...» (artículo 66). Como podrá apreciarse, es el texto que con mayor detalle y acierto regula los dos instrumentos de colaboración, al establecer una clara delimitación material entre ellos.

(b) Mayores obstáculos son los que los Estatutos de Autonomía han introducido a la hora de regular la remisión que el texto constitucional prevé para la determinación de los supuestos, requisitos y términos en que éstos se puedan celebrar, así como el carácter y los efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En efecto, muchos Estatutos sumaron como requisito interno la aprobación de los convenios de colaboración por sus respectivos Parlamentos; exigencia no prevista en la Constitución. El acuerdo de cooperación, debido a su naturaleza, es comprensible que sea aprobado por el Parlamento autonómico. Sin embargo, en el caso del convenio de colaboración –interadministrativo– esta intervención estaría justificada, sólo, cuando su celebración supusiera una afectación de la potestad legislativa de las Asambleas autonómicas o una colisión de competencias. Pero, no parece que sea precisa en aquellos casos en los que sólo existe una actividad de relación entre Gobiernos y Administraciones autonómicas en el ámbito de sus competencias para la

¹⁰ En esa misma línea, se ha calificado la referencia al carácter exclusivo de la competencia como constitucionalmente errónea (CARMONA CONTRERAS, 2006, 96).

¹¹ Es verdad que la mayoría de las CCAA han aprovechado las recientes reformas estatutarias para despojarse de esta cláusula: todos ellos se refieren a las competencias comunitarias, pero sin limitarlas a las exclusivas. La excepción la constituyen el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (artículo 59) y la más reciente reforma de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 70), que siguen contemplando la celebración de Convenios con las Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios sin romper la conexión de éstos con la exclusividad competencial.

gestión y prestación de servicios. En estos casos sería suficiente la comunicación a sus respectivas Asambleas para su conocimiento; exigencia que debería asegurarse suficientemente.

Aun así, la autorización previa de las Asambleas autonómicas constituye una exigencia estatutaria que en la mayoría de los Estatutos en que así se prevé, aunque parezca obvio, se cumple; pero, en algunos casos está completamente en desuso.

(c) Una vez concluida la fase autonómica de elaboración del convenio, cuando la Constitución delega en los Estatutos la determinación del carácter y los efectos de su comunicación a las Cortes Generales, la mayoría de ellos les confieren a estas últimas la facultad de calificar el acto; concediéndoles un plazo para que éstas pueden oponer reparos u objeciones, en cuyo caso se tramitará como acuerdo de cooperación y, por tanto, requerirá su previa aprobación. Al respecto, el Consejo de Estado subrayó que la puesta en conocimiento a las Cortes Generales de los acuerdos o convenios que las Comunidades Autónomas celebren entre sí «tiene un sólido fundamento en el deber de lealtad recíproca y en la necesidad de que tanto aquellas como este dispongan de toda la información requerida para llevar a cabo sus funciones en el mantenimiento del orden constitucional» (Consejo de Estado, 2006, 200). Además, como señala certeramente Javier Matia es muy útil mantener la comunicación a las asambleas territoriales, tanto para garantizar la publicidad del convenio de cooperación, como porque puede suceder que «aunque el convenio se ocupe de materias administrativas, no es descartable que el mismo condicione el margen de actuación del legislador autonómico en el futuro» (Matia Portilla, 2011, 125-126).

Sentada la necesidad de lealtad recíproca, y la conveniencia de la publicidad, el problema que se plantea, realmente, se centra en determinar si las Cortes tienen o no facultad para poder recalificar un Convenio (González García, 2011), habida cuenta de que el texto constitucional sólo prevé, la necesaria autorización de los Acuerdos de cooperación. Esto es, no se aclara si cuando las Cortes reciben un Convenio pueden revisarlo para, en su caso, tramitarlo como Acuerdo o sólo pueden darlo por notificado. A mayor abundamiento, los Reglamentos parlamentarios, plantean en este orden una serie de inconvenientes¹² adicionales que contribuyen poco a clarificar esta cuestión.

En síntesis, el marco jurídico analizado ha sido calificado, con gran acierto, como «excesivamente confuso, riguroso y, en cualquier caso, inadecuado

¹² El Reglamento del Senado, en todo caso, plantea la facultad de la Cámara para recalificar el Convenio; independientemente de que los Estatutos de Autonomía hayan previsto o no dicha atribución.

para fomentar las relaciones entre CCAA» (García Morales, 2009, 56)¹³. Y, como puede apreciarse las mayores dificultades no derivan de la letra de la Constitución, sino de los propios Estatutos de Autonomía, que tampoco aprovecharon las recientes reformas estatutarias para paliar todas estas deficiencias. De ahí que la revisión constitucional debería ofrecer una clarificación de todas estas cuestiones.

Ciertamente, la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público ha regulado ampliamente los convenios, de forma mucho más detallada que la Ley 30/1992, contemplando su régimen y fijando su contenido mínimo, clases, duración, extinción y asegurando su control por el Tribunal de Cuentas. Pero, los celebrados entre CCAA no han sido regulados por el legislador estatal en esta norma; respetando con ello el texto constitucional y la reserva estatutaria¹⁴.

3.2 Más allá de la norma

Adicionalmente, la cooperación horizontal ha tropezado con otros inconvenientes de índole distinta a los derivados de la excesiva rigidez del marco jurídico. En los primeros años de andadura constitucional, el centralismo contumaz que se trataba de superar condujo a una lógica escapada de las Comunidades que se estaban constituyendo para lograr su autogobierno, dirigiéndose para ello las relaciones hacia el Gobierno central que era el que debía traspasar competencias. Ya hemos apuntado anteriormente que en ese proceso la mayor preocupación se centró en la descentralización y la colaboración vertical para su cabal y efectiva realización, más que en la colaboración horizontal (Aja, García Morales, 2001, 656).

Además, ha revestido especial dificultad la determinación de los espacios sobre los que centrar la colaboración; en unas ocasiones debido a la heterogeneidad competencial; en otras, a la desconfianza existente entre algunas Comunidades limítrofes, en cuyo ámbito se plantean cuestiones de anexión política, cultural y lingüística. Y, también ha pesado, a veces, la ceguera de las CCAA para apreciar las ventajas de la colaboración en aras de optimizar

¹³ Abundando en esa misma idea, CARMONA CONTRERAS (2009, 177) se afirma: «De este modo, se configura un procedimiento cooperativo excesivamente rígido, en donde se confiere a las asambleas legislativas, tanto a las autonómicas como a las Cortes Generales, un protagonismo que no casa en absoluto ni con la naturaleza intergubernamental del fenómeno regulado...».

¹⁴ «Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía» (art. 47.2.a). Más detalladamente TOSCANO GIL (2017).

recursos y una mejor gestión de los servicios públicos. Asimismo, ha pesado cierto temor de los órganos centrales ante una colaboración horizontal que ignorara el marco estatal.

4. APARICIÓN Y REAFIRMACIÓN DE LA COLABORACIÓN HORIZONTAL

Ciertamente, debido a todas estas causas, en un principio, la colaboración presentó «un “balance decepcionante” lastrando, así “buena parte de las ventajas que debiera presentar”» (Aja, García Morales, 2001, 646). Pese a todas las dificultades anteriores, la colaboración horizontal ha existido, existe y se ha ido consolidando a lo largo de todos estos años de andadura constitucional, al compás del avance en la consolidación del Estado Autonómico, permitiendo que las Comunidades Autónomas advirtieran la necesidad y la conveniencia de la colaboración entre ellas. Abocando la rigidez del marco normativo a la búsqueda de canales menos rígidos e informales para la colaboración. Ciertamente, la colaboración no se ha canalizado sólo mediante los convenios y acuerdos previstos constitucionalmente; ya que progresivamente han ido irrumpiendo vías de diverso orden: políticas, administrativas, formales, informales¹⁵. Por ello, se acierta cuando afirma que, en realidad, ha habido mucha más colaboración de la que se ha visto (Colino Cámara, 2011, 45). En efecto, hemos asistido a la implementación gradual de toda una red de relaciones: las reuniones de consejeros sectoriales, las cumbres multilaterales de partidos, o instrumentos de Derecho privado (García Morales, 2009, 79), entre otras, que revelan la existencia de un entramado real de colaboración, sorteando los obstáculos de los instrumentos previstos en la Constitución y en los Estatutos¹⁶. Estamos ante lo que se calificó como *Colaboración Sumergida* (Tormos Mas, 2007, 30 ss.).

Un fuerte impulso en las vías de colaboración horizontal se produjo a partir del año 2008 cuando las seis Comunidades Autónomas que reformaron sus Estatutos de Autonomía acordaron reunirse periódicamente con el objetivo de impulsar el desarrollo y la coordinación de sus competencias. Con este objeto crearon el foro *Encuentros entre Comunidades Autónomas para el desarrollo de sus Estatutos de Autonomía*. Dichos Encuentros imprimieron un nue-

¹⁵ Al respecto, TAJADURA TEJADA (2010, 242) señala: «Es decir, la cooperación horizontal en cuanto responde a una necesidad objetiva del sistema ha surgido en todos los ámbitos imaginables excepto en el de los Gobiernos Autonómicos».

¹⁶ Un estudio con mayor detalle lo realiza COLINO CÁMARA (2010, 351 ss.).

vo carácter a la colaboración intercomunitaria, resultando de los mismos tanto la suscripción de un considerable número de convenios de colaboración (aunque de interés desigual), como cierta vigorización de los convenios de suscripción generalizada; sirviendo, además, como plataforma para la adopción de una serie de acuerdos sobre temas de interés¹⁷. Y, sobre todo, una consciencia de la necesidad de incrementar las relaciones entre las CCAA, asumiendo la ausencia de foros de encuentro y colaboración. Pero, sobre todo, afrontándose la colaboración horizontal no como «un frente con Madrid», sino de colaboración en el proceso de desarrollo autonómico.

Los resultados obtenidos con el afianzamiento de la colaboración intercomunitaria condujeron a que en el VIII *Encuentro de Comunidades Autónomas*, celebrado en Santiago de Compostela, se acordara su institucionalización mediante la constitución de la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas¹⁸, con la finalidad de promover la cooperación y la colaboración política y administrativa entre ellas¹⁹. La Primera Conferencia de Comunidades se celebró en Santander el 21 de marzo de 2011; sumándose la mayoría de las CCAA (aunque algunas con notables ausencias). Y, aunque en los últimos años la crisis económica ralentizó estas herramientas de colaboración, se han seguido celebrando algunas como la de Cantabria en 2016.

Junto a estas cumbres, en las que participan ya la mayoría de las Comunidades, se han ido celebrando otras que agrupan a determinadas Comunidades Autónomas que comparten lazos o intereses comunes, como la de León, de 19 de febrero de 2018, entre las Comunidades de Galicia, Principado de Asturias, Aragón y Castilla y León. O la cumbre autonómica celebrada en Alicante orientada a una «Nueva estrategia de cooperación descentralizada en el siglo XXI», entre otros.

Todos estos encuentros han fructificado en la suscripción generalizada de convenios; sirva de ejemplo, el suscrito entre doce comunidades (País Vasco,

¹⁷ Las primeras CCAA que promovieron los encuentros fueron Andalucía, Aragón, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana y las Islas Baleares. Desde el año 2008, se han celebrado ocho Encuentros en las ciudades de I.º- Zaragoza (9 de julio de 2008); I.º- Sevilla (20 de octubre de 2008); III.º- Valladolid (23 de febrero de 2009); IV.º- Valencia (29 de junio de 2009); V.º- Barcelona (16 de noviembre de 2009), se formalizó el acuerdo para que La Rioja y Castilla-La Mancha se incorporaran como nuevos miembros del foro; VI.º- Palma (8 de marzo de 2010) se formalizó el acuerdo para que Galicia se incorporara como nuevo miembro del foro Galicia; VII.º- Logroño (5 de julio de 2010); VIII.º- Santiago de Compostela (25 de octubre de 2010).

La plataforma almacenaba información acerca de su actividad en una página web propia, que hoy en día ya no existe.

¹⁸ Un estudio pormenorizado de dichos Encuentros, así como de las normas de organización y funcionamiento que se aprobaron en su seno puede verse en AGUADO RENEDO (2012, 171 ss.)

¹⁹ Una información detallada puede verse en DE PEDRO BONET (2011, 108-112) y GÁLVEZ MUÑOZ, RUIZ GONZÁLEZ (2013, 244 ss.).

Cataluña, Galicia, Andalucía, La Rioja, Comunidad Valenciana, Aragón, Castilla La Mancha, Castilla y León, Baleares, Extremadura y Cantabria), comprometiéndose a colaborar entre sí en situaciones de grave riesgo aportando medios materiales, humanos y económicos. Campo en el que la colaboración horizontal puede ser altamente provechosa.

5. COLABORACIÓN HORIZONTAL, SOLIDARIDAD, LEALTAD CONSTITUCIONAL

Debo precisar que, de todas las connotaciones que tiene el término solidaridad, me centraré en su vertiente de principio de articulación de las relaciones interterritoriales; sin que ello presuponga que la solidaridad pueda ceñirse exclusivamente a este ámbito.

I. La Solidaridad constituye uno de los principios nucleares de nuestro modelo de organización territorial. Y, aunque son diversos los preceptos constitucionales en los que se contiene una referencia expresa a la misma, de ninguno de ellos cabe concluir que: a) sea sólo un principio de ordenación económica; b) que esté atribuida su consecución sólo al Estado, ni que sea, por tanto, una cláusula atributiva de competencias.

(a) Ciertamente, siendo un principio esencial en la Constitución, como advirtió el Consejo de Estado, su construcción jurídica merece alguna reflexión²⁰, ya que pese a ocupar un lugar «central en nuestro sistema de distribución territorial del poder, como factor de equilibrio entre los de unidad y autonomía (Sentencia del Tribunal Constitucional 125/1992, de 5 de octubre)», las referencias que a él se hacen en la Constitución están lejos de satisfacer esa necesidad de determinar su ámbito y su contenido.

En efecto, la Constitución contempla la solidaridad como un principio de ordenación territorial junto al de autonomía (art.2); y regula como instrumentos para su realización la planificación económica (art. 131 CE) y el Fondo de Compensación Interterritorial (art. 158.2)²¹. De estos preceptos no podemos extraer su auténtico contenido; pero sí que convenimos en que estamos ante «una noción pluridimensional que posee, además, un alcance jurídico y político» (García

²⁰ Vid. CONSEJO DE ESTADO (2006, 188-189).

²¹ Vid. TAJADURA TEJADA (2007, 76).

Roca, 1997, 45-96)²². La solidaridad engloba entre sus contenidos un adecuado equilibrio económico interregional, pero no se agota en estas manifestaciones de igualdad económica; sino que afecta –también– al modo de entender la relación entre entes territoriales autónomos (Fernández Segado, 2012, 173). Igualmente, convenimos con Solozábal cuando sostiene que, trascendiendo la perspectiva económica y financiera, la solidaridad se proyecta «en las diferentes áreas de la actuación pública» (Solozábal Echavarría, 2018, 71).

Ante la indeterminación constitucional, ha sido la doctrina constitucional la que ha profundizado en esta dimensión más amplia de la solidaridad, aclarando que es un factor de equilibrio entre los principios de unidad y autonomía²³; derivándose de él: un deber de cooperación; el auxilio recíproco, y, la lealtad (Consejo de Estado, 2006); esto es, la solidaridad en su manifestación de comportamiento leal entre los poderes territoriales del Estado.

Siguiendo a Albertí, se han distinguido claramente los dos planos o dimensiones de la solidaridad: la que tiene carácter económico y financiero, y la que se desprende del artículo 2 CE como un principio general que informa la organización territorial del Estado, y que, en consecuencia, alcanza al conjunto de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las de estas entre sí. Así configurado, de este principio general cabe derivar deberes y obligaciones concretos, jurídicamente exigibles. En efecto, la solidaridad implica «un comportamiento que contribuya a la consecución de los intereses generales del Estado y el desarrollo autonómico», derivándose de él dos caras: una positiva y otra negativa (Albertí Rovira, 2007, 110-111):

Positivamente, la solidaridad obliga a todas las instancias de gobierno a prestarse ayuda y auxilio, con el fin de facilitar el correcto y adecuado ejercicio de sus propias competencias y responsabilidades.

Negativamente, es un límite de la discrecionalidad, ya que las CCAA en el ejercicio de sus actuaciones deben respetar los intereses generales y los intereses legítimos de las demás. Es esta, pues, una manifestación del comportamiento leal, que afecta, no sólo al Estado, sino también a las Comunidades Autónomas. Así lo ha sentado con claridad el TC cuando ha destacado que el principio de solidaridad les prohíbe que en el ejercicio de sus competencias puedan «perjudicar o perturbar la utilidad general, obligándoles antes bien a

²² Igualmente, FERNÁNDEZ SEGADO (2012, 173) sostiene que el principio de solidaridad, «aun presentando un contenido esencialmente económico, tiene una operatividad que desborda la propia de ese estricto ámbito».

²³ SSTC 125/1992, de 5 de octubre; 152/1988, de 20 de julio; 236/1991, de 12 de diciembre, 64/1990, de 5 de abril, 96/1986, de 10 de julio.

tener en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí» (STC 64/1990, de 5 de abril)²⁴.

Estamos, pues, ante un principio que, más allá de exigir el ejercicio leal de las competencias y responsabilidades, respetando los intereses generales y legítimos de los demás, «viene a corresponsabilizar a todas las partes del conjunto en los objetivos de la colectividad» (Fernández Segado, 2012, 164). Su realización efectiva, en muchas ocasiones, demandará la necesidad de colaborar para la consecución de los intereses generales de los ciudadanos; y dicha colaboración afecta, no sólo a la vertical, sino, por descontado, a la horizontal entre Comunidades Autónomas.

(b) El artículo 138 CE encomienda al Estado la garantía de la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, debiendo velar por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular. Prevé, además, que las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no puedan implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales. Y el artículo 156 CE contempla la solidaridad entre todos los españoles (junto con el de coordinación con la Hacienda estatal) en orden a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas. Esta vertiente económica de la solidaridad, en efecto, el texto constitucional se la atribuye al Estado.

Pero, la solidaridad como principio de ordenación territorial y como deber de actuación –positiva y negativa– alcanza tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas, aunque ningún precepto constitucional establezca el contenido que deba derivarse de la solidaridad entre ellas.

(c) El principio de solidaridad puede servir de base a la cooperación entre las Comunidades Autónomas (Santolaya Machetti, 1984, 299 ss.). En esta dirección se ha señalado, certeramente, la proximidad de la solidaridad con los principios de colaboración (Solozábal Echavarría, 2018), y conjugando ambos se ha hablado de «solidaridad cooperante» (Montero Rodríguez, 1988, 1261)²⁵. Aunque dicha conexión no esté pacíficamente admitida, cuestionándose que el principio de solidaridad pueda verse como el fundamento constitucional último de los instrumentos de colaboración²⁶.

²⁴ Vid. Reafirmando esta posición SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2018, 72).

²⁵ Igualmente, desde muy temprano PÉREZ MORENO (1979) vinculó como una especificidad propia de la solidaridad los convenios entre CCAA.

²⁶ En tal sentido, FERNÁNDEZ SEGADO (2012, 173) afirma que «además, algunos de esos mecanismos de relación que un sector de la doctrina ha puesto en estrecha conexión con la solidaridad, se encuentran insertos en la propia lógica del sistema autonómico, por lo que no es necesario buscarles un específico punto de engarce con la Constitución».

En todo caso, la proximidad entre solidaridad y colaboración es notoria, ya que la cabal articulación de los ordenamientos autonómicos demanda solidaridad interterritorial, ésta ha de estar presente en las relaciones de colaboración horizontales; así se desprende palmariamente del contenido que hemos visto anteriormente. En su dimensión positiva y negativa, la solidaridad ha de presidir cualquier ámbito de actuación, destacadamente en relación con el objeto de este estudio, ha de ser un eje esencial en las relaciones de colaboración verticales; pero también de las relaciones horizontales, en las que incluso puede cobrar mayor peso. Esta necesidad de la solidaridad interautonómica, que alcanza, incluso, a la intraautonómica, se ha reconocido también por el Tribunal Constitucional desde bien temprano.

La solidaridad es medular tanto en las relaciones interadministrativas, como en las de naturaleza política. En relación con las primeras, incluso la Ley 40/2015, establece como uno de los principios de las relaciones entre las diferentes Administraciones Públicas el de Solidaridad interterritorial de acuerdo con la Constitución (art. 140.1 i). Por tanto, exigible jurídicamente.

De hecho, otro de los principios regulados en dicha Ley es el de Colaboración, «entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes» (art. 141.1.c) y ello, como hemos visto, integra el contenido amplio de la solidaridad que venimos sosteniendo.

La Ley 40/2015, contempla dentro de la colaboración, la creación y mantenimiento de sistemas integrados de información; el deber de asistencia y auxilio para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias; manifestaciones que se corresponden con el contenido de la solidaridad. Además, vincula la Cooperación voluntaria entre Administraciones Públicas con la asunción de compromisos específicos en aras de una acción común (art. 140.1.d)²⁷. Por ello, Tajadura sostiene que la colaboración y el auxilio recíproco son una manifestación jurídica del principio de solidaridad (Tajadura Tejada, 2007, 88).

Asumiendo esta clara conexión, no obstante, el Principio de Colaboración no es totalmente reconducible al Principio de Solidaridad (Santolaya Marchetti, 1984). En efecto, algunos instrumentos colaborativos responden a prin-

²⁷ El artículo 141 contempla como uno de los contenidos del deber de colaboración «Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias o que sea necesaria para que los ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia». Y de acuerdo con el art. 141. 3, «La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas y las de las Entidades Locales deberán colaborar y auxiliarse para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales. Los posibles costes que pueda generar el deber de colaboración podrán ser repercutidos cuando así se acuerde».

principios distintos de los de la solidaridad, ya que la colaboración alcanza un extenso abanico de actuaciones: algunas son corolario de solidaridad, otras tienen un de cariz distinto.

En síntesis, la solidaridad no es omnicomprendiva de la colaboración en toda su extensión, pero, sin ser el único fundamento de las relaciones de colaboración, sí que es uno de los principales.

(d) De especial relevancia me parece la vertiente de la solidaridad enlazada con el logro de un buen funcionamiento de las estructuras públicas y una correcta articulación de las competencias (Muñoz Machado, 2007, 216-217).

Desde esta perspectiva, la colaboración entre Comunidades Autónomas puede convertirse en una clara expresión de solidaridad. De hecho, la Ley 40/2015 establece, asimismo, como uno de sus principios la eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento.

Y es, precisamente, en este ámbito donde la colaboración entre Comunidades Autónomas puede encontrar un campo mayor de actuación. Puede advertirse claramente si atendemos a los ámbitos de colaboración a través de los convenios de colaboración entre Comunidades Autónomas, que se concretan en actuaciones conjuntas, entre otras, en materia de transporte público; colaboración sanitaria en materia de trasplante renal, hepático, cardiaco y pulmonar; urgencias y emergencias en zonas limítrofes; fusión de registros; prevención y extinción de incendios forestales, coordinación de centros de acogida a las mujeres víctimas de violencia de género; reconocimiento recíproco de licencias de caza y pesca; impulso de actuaciones conjuntas en materia turística; intercambio de información sobre la identidad de personas registradas en parejas de hecho. Esto es, ámbitos de colaboración que pueden implicar una gestión más eficaz de los servicios públicos, acortando distancias entre Administración y ciudadanía (García Morales, 2008, 15)²⁸; redundando en un mayor grado de institucionalización del modelo autonómico.

Así, como se ha puesto de manifiesto, la cooperación entre Comunidades Autónomas «podría ser también una vía inmejorable para racionalizar recur-

²⁸ Asimismo, MATIA PORTILLA (2011, 142) apunta la virtualidad de las relaciones intercomunitarias en aras de una mayor eficiencia «en el funcionamiento del Estado español en el marco de la Unión Europea».

En orden al incremento de la eficacia en la gestión de la acción pública, en otros países europeos, GARCÍA MORALES (2008, 55) afirma que «esta colaboración permite llevar a cabo proyectos suprarregionales con menos costes (por ejemplo, construir autovías que atraviesan varias regiones), asumir efectos de las actuaciones realizadas por otras instancias (como reconocer en un territorio certificados emitidos en otro) o racionalizar recursos materiales y humanos (por ejemplo, crear organismos conjuntos encargados del control de calidad de determinados productos, en vez de constituir un órgano para ello en cada territorio)».

«... materiales y humanos entre las partes suscriptoras», sumando esfuerzos económicos y personales, que implican «hacer más eficaz la acción de los poderes públicos autonómicos» (Aja, García Morales, 2001, 658).

De hecho, puede contribuir activamente a fortalecer el autogobierno de los entes territoriales, consiguiendo, así, «mayor integración y participación en la gestión de los servicios públicos» (Abellán López, Aldeguez Cerda, 2017, 324).

Precisamente, esta es una de las mayores virtualidades de las relaciones horizontales, en tanto contribuyen a favorecer la gestión más eficaz de los servicios públicos, redundando en una mayor calidad de los mismos para el ciudadano. A esta lógica responden muchos de los Convenios que se vienen suscribiendo y renovando habida cuenta de sus resultados tan satisfactorios: por ejemplo, el Convenio de Colaboración en materia de protección civil y gestión de emergencias suscrito por 12 CCAA²⁹; los relativos a asistencia sanitaria en zonas limítrofes; o el Convenio de colaboración entre Comunidades Autónomas para la coordinación de sus redes de centros de acogida a la mujer víctima de violencia de género.

Algunos Convenios vienen a instalar mayor racionalidad en la prestación de determinados servicios como, por ejemplo, el Convenio de colaboración entre Comunidades Autónomas para el reconocimiento recíproco de las licencias de caza y pesca recreativa en aguas interiores, que tiene como objetivo que las Comunidades Autónomas firmantes reconozcan en su territorio la licencia de caza o de pesca expedida por cualquiera de ellas. O los que tratan de facilitar la movilidad de funcionarios públicos entre Comunidades³⁰.

Además, la suscripción de Convenios entre CCAA puede ser la vía idónea para la prestación de servicios que pueden verse afectados por los recortes en las subvenciones consecuencia de la crisis económica, abocando a una mayor colaboración en aras de mantener servicios a la ciudadanía de modo racional antes que a su supresión por ausencia de financiación; así viene sucediendo satisfactoriamente en Derecho comparado³¹.

²⁹ Aragón, Comunidad Valenciana, La Rioja, País Vasco, Baleares, Castilla-León, Andalucía, Extremadura, Galicia, Cantabria, Cataluña y Castilla-La Mancha.

³⁰ Celebrado en 2009, entre las Comunidades de Asturias y Cantabria. Y es que la colaboración horizontal puede «fomentar claramente la eficiencia del funcionamiento del Estado autonómico e incrementar la integración por sectores del mismo [...] permitiendo llevar a cabo proyectos suprarregionales con menos costes [...] o racionalizar recursos materiales y humanos» (MENÉNDEZ REXACH, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2011, 54-55).

³¹ En Canadá, por ejemplo, «las provincias hubieron de reforzar sus relaciones horizontales cuando el gobierno federal recortó sus subvenciones y accedió a reducir el uso de su poder de gasto a cambio de que las provincias establecieran mecanismos de coordinación en las políticas sociales, medioambientales y de comercio, por lo que se crearon instituciones como el Consejo de la Federación y se reforzó el uso de los convenios intergubernamentales que establecían procedimientos para el intercambio de información,

II. La Lealtad constitucional. Pese a la ausencia de su formulación en el texto constitucional, el principio de lealtad constitucional –como concreción del deber general de fidelidad a la Constitución³²– ha sido constantemente afirmado como soporte esencial del funcionamiento del Estado autonómico, resultando su observancia obligada³³.

Como ha advertido Arroyo, ya que todo Estado descentralizado requiere en su funcionamiento una actuación armónica y cohesionada, es necesario que todas las partes que lo integran actúen, primero solo dentro del margen de sus respectivas competencias, (a lo que, además, están obligadas por imperativo constitucional); pero «además han de hacerlo con el fin de que el interés general del conjunto se vea reforzado, en el bien entendido de que ello, a la postre, redundará en beneficio de todos» (Arroyo Gil, 2015, 56).

La lealtad es, pues, un principio vertebrador de las actuaciones, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas³⁴; debiendo presidir las relaciones entre las distintas instancias de poder³⁵. Siendo que su alcance es general, obliga a que todas las instancias de poder, en el ejercicio de sus competencias a) se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general; b) que tengan en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses (STC 64/1990, de 5 de abril).

la evaluación comparativa y los incentivos para usar las buenas prácticas (Poirier, 2004; Pelletier, 2010)». Cita tomada de COLINO CÁMARA (2011).

³² SSTC 11/1986, de 28 de enero; 247/2007, de 12 de diciembre; y 42/2014, de 25 de marzo.

³³ SSTC 33/2018, de 12 de abril; 215/2014, de 18 de diciembre.

³⁴ Puede apreciarse como los Estatutos de Autonomía, tras sus reformas, han apostado por incluir Títulos específicos en los que se aborda la regulación de las relaciones entre la Comunidad Autónoma y los órganos centrales del Estado, que alcanzan también a las relaciones con otras Comunidades Autónomas y con la Unión Europea. Así, la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana dedica, *ex novo*, un Título – el V – a las *Relaciones con el Estado y con otras Comunidades Autónomas*. En el nuevo artículo 59.3 incorpora los principios que se erigen en pilares básicos y en fundamento de las relaciones cooperativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas: la lealtad institucional y la *solidaridad*. El Estatuto de Andalucía (art. 129) establece que «En el marco del principio de solidaridad las relaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía con el Estado se fundamentan en la colaboración, cooperación, lealtad institucional y mutuo auxilio» (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía). En términos muy similares el Estatuto de las Islas Baleares establece también que «En el marco de los principios constitucionales las relaciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears con el Estado se fundamentan en los principios de colaboración, cooperación, solidaridad y lealtad institucional» (art. 116, Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears); y el de Aragón en su art. 88. basa estas relaciones en los principios de lealtad institucional, coordinación y ayuda mutua. (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón).

³⁵ STC 76/1983, de 5 de agosto; y, en el mismo sentido, SSTC 104/1988, de 8 de junio; 204/2011, de 15 de diciembre.

La solidaridad se manifiesta, así, como una de las expresiones de lealtad, de modo que puede afirmarse que la conexión entre lealtad y solidaridad es, en términos generales, palmaria. También lo es su conexión con la colaboración, puesto que la lealtad no sólo obliga al Estado y a las CCAA a mantenerse dentro de sus competencias, sino a ejercerlas de una determinada manera; «esta lealtad constitucional conlleva inexorablemente la obligación de colaborar», proyectándose ambos con igual intensidad tanto sobre el Estado como sobre las Comunidades Autónomas (Biglino Campos, 2004, 68-69). Colaboración vertical y colaboración horizontal descansan y se articulan sobre la lealtad.

Ciertamente, solidaridad y colaboración se edifican sobre la lealtad constitucional. Pero ni la lealtad se agota en la solidaridad ni tampoco en la colaboración. Ya hemos adelantado anteriormente que la colaboración es expresión de solidaridad pero que no termina en ella. Asimismo, la colaboración es consecuencia de la lealtad, y, además, sólo puede darse si es leal³⁶. Quizás el error de su plena identificación resida en que el Tribunal Constitucional, en sus inicios, se refiriera al deber de colaboración identificable con la lealtad. Pero, la lealtad tiene un contenido más amplio³⁷; y la colaboración admite diversas intensidades.

Si la lealtad es ejercicio de competencias dentro del marco de observancia de las reglas de juego constitucional, debiendo buscarse solidariamente el interés general por parte de los entes descentralizados, ello conduce a una necesidad de colaboración entre ellos que redunde en beneficio de la ciudadanía. En consecuencia, el incumplimiento del deber de colaboración leal puede acarrear sanción jurídica: bien de ilegalidad bien de inconstitucionalidad.

Ahora bien, como la cooperación voluntaria admite, como hemos dicho, diversas intensidades, no puede sancionarse a Comunidades Autónomas por no suscribir un convenio de colaboración en un determinado ámbito. En todo caso, se podrá plantear la oportunidad de su suscripción, pero, en principio, sin derivarse sanción por incumplimiento de un deber; a no ser que sea una exigencia prevista como tal.

³⁶ De hecho, la Constitución italiana contempla la colaboración leal en el artículo 120. Según ROLLA (2004, 145) por «lealtad constitucional se entiende la necesidad de que ningún nivel institucional pueda realizar conductas que obstaculicen el correcto y regular funcionamiento del sistema, o bien quiebren la necesaria cohesión que debe existir entre las partes singulares que componen el todo; al mismo tiempo, la cooperación impone superar una lógica competitiva, en forma de entendimiento y de colaboración en la consecución de intereses comunes».

³⁷ A este respecto, ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2008, 516 y 522) señala que «La concepción de la solidaridad y de los institutos de colaboración como la exteriorización formal de la norma implícita de lealtad autonómica no refleje más que una confusión entre el contenido de todas aquellas categorías», y téngase en cuenta que dentro de la lealtad el autor sitúa también la coerción del artículo 155, que no es solidaridad ni colaboración.

6. CONCLUSIONES

1. Siendo la colaboración un principio estructural del Estado Autónomo, tras todos estos años de andadura constitucional, hemos podido advertir las carencias constitucionales, normativas y políticas que han dificultado una colaboración real y efectiva entre Comunidades Autónomas.

2. Las dificultades no son achacables sólo al marco normativo de la colaboración³⁸, pues la ausencia de un comportamiento leal ha sido la que ha lastrado, en ocasiones, la colaboración entre Comunidades Autónomas; unas veces porque ha sido el Estado el que ha desconfiado del afianzamiento de las relaciones entre CCAA, pensando que ello podría acarrearle su marginación; otras por el temor a un comportamiento desleal entre algunas Comunidades, señaladamente las limítrofes. Y en otras porque en las CCAA no ha germinado bien la consciencia de las ventajas de la colaboración como instrumento de solidaridad interterritorial, encaminada a una mayor calidad en la prestación de servicios. Quizás hayan pesado más otros factores de comportamiento político.

3. Ciertamente, conviene, en primer término, abordar el marco normativo, subsanando las carencias constitucionales que dificultan la celebración de convenios y acuerdos de colaboración horizontales; y, en consecuencia, esta exigencia alcanza, también, a los Estatutos de Autonomía que, como hemos podido comprobar, son las normas que han encorsetado en mayor medida la relación convencional entre Comunidades Autónomas.

4. La articulación de las relaciones de colaboración, tanto verticales como horizontales –que son las que nos ocupan–, ha de tomar como principios axiales la solidaridad y la lealtad constitucional, ya que la colaboración, como hemos afirmado, sólo puede ser leal. Para ello, la reforma del modelo constitucional de organización territorial ha de contemplar y dotar de contenido el principio de solidaridad, así como el de lealtad³⁹, exigible tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas; por tanto, ha de ser necesariamente bi-

³⁸ «Las Comunidades Autónomas solo pactan entre sí cuando verdaderamente se ven necesitadas de hacerlo y que, cuando ello ocurre, la regulación constitucional del control de las Cortes Generales sobre los convenios interautonómicos no supone ningún obstáculo para la celebración de los mismos» (GONZÁLEZ GARCÍA, 2016, 95).

³⁹ «Ante la irregularidad de las relaciones y la escasa cultura de la colaboración existente, conveniría introducir en nuestro sistema un doble tipo de elementos: en primer lugar, las técnicas y las instituciones que pongan remedio a los defectos apuntados, y en segundo lugar, una teoría general de las relaciones presidida por el principio de lealtad federal que se ha incorporado a casi todos los federalismos europeo y ha sido asumido entre nosotros por el Tribunal Constitucional y la legislación con un alcance limitado» (AJA FERNÁNDEZ, 2014, 227-228).

fronte⁴⁰. De forma que las relaciones horizontales no puedan verse como unas relaciones excluyentes de las relaciones verticales, evitándose así el temor a un *Para Estado* excluyente (Menéndez Rexach, Solozábal Echavarría, 2011, 53). Y, por otro lado, demanda comportamientos leales del Estado que ha de dejar margen a las Comunidades Autónomas para afianzar sus relaciones, y de las Comunidades Autónomas entre ellas.

5. Si se reforma el marco normativo⁴¹ y los actores de la colaboración actúan conscientes de la centralidad de los principios de solidaridad y lealtad seremos capaces de advertir las ventajas que reporta en el marco de un Estado descentralizado la colaboración horizontal, pues permite, entre otros, el fortalecimiento de la capacidad de autogobierno; la formulación de posiciones comunes tanto ante los órganos centrales, como ante instancias europeas que afecten a sus intereses, y una mejor prestación de servicios públicos.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN LÓPEZ, M. A y ALDEGUER CERDÁ, B. (2017), «Los órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de las Relaciones Inter-gubernamentales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 109-1.
- AGUADO RENEDO, C. (2012), «Conferencia de los Gobiernos y de los Presidentes de las Comunidades Autónomas», en Matia Portilla, F. J. (dir.), *Pluralidad Territorial, nuevos derechos y garantías*, Comares, Granada.
- AJA FERNÁNDEZ, E. (2014), *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial, Madrid.
- AJA, E. y GARCÍA MORALES, M.^a J. (2001), «Las relaciones entre Comunidades Autónomas: problemas y perspectivas», en *Informe Comunidades Autónomas 2000*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (1985), «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *REDC*, n. 14.
- (1994), «Los convenios entre Comunidades Autónomas», en *Documentación Administrativa*, n. 240.
- (2007), «Consideraciones del Informe sobre otras posibles reformas del Estado Autonómico», en Gómez Montoro, A. J. (ed.), *La reforma del Estado Autonomi-*

⁴⁰ Se trata, como indica IBÁÑEZ BUIL (1997, 502), de avanzar en la implantación de una cultura de la descentralización que signifique una lealtad mutua entre los poderes territoriales, de tal manera que instrumentos jurídicos como el aquí examinado puedan alcanzar su verdadera virtualidad.

⁴¹ Y como indica TAJADURA TEJADA (2010, 243) «En ese nuevo Título debe ocupar un lugar central el principio de cooperación, y ello porque el funcionamiento eficaz del Estado sólo podrá lograrse en la medida en que se articulen mecanismos y procedimientos que canalicen la cooperación entre las distintas instancias territoriales del poder, y en que exista una voluntad real de cooperación entre ellas».

- co. *Jornadas de Estudio sobre el Informe del Consejo de Estado*, CEPC, Universidad de Navarra, Madrid.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L. (2008), «La función de la lealtad en el Estado autonómico», en *TRC*, n. 22.
- ARROYO GIL, A. (2015), «Unidad, lealtad y coerción federal (o estatal) en Alemania y España», en *Revista Jurídica de la UAM*, n. 31.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2004), «La lealtad constitucional en el Estado de las Autonomías», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. extraordinario 2004.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. (2014), *Democracia federal: apuntes sobre España*, Turpial, Madrid.
- CALAFELL FERRA, V. (2004), «La jurisprudencia sobre los convenios entre Administraciones Públicas», en *Parlamento y Constitución*, n. 8.
- CÁMARA VILLAR, G. (2004), «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las CCAA», en *ReDCE*, n. 1.
- CARMONA CONTRERAS, A. (2006), «¿Hacia una nueva dimensión de las relaciones intergubernamentales?: la colaboración entre Comunidades Autónomas en el marco de las reformas estatutaria», en *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 61.
- «La colaboración en Andalucía», Monográfico sobre «Las relaciones de colaboración en los nuevos Estatutos de Autonomía», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 19.
- COLINO CÁMARA, C. (2011), «Federalismo Horizontal en el Estado Autonómico. La evolución de los mecanismos de cooperación horizontal en España», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 2.
- CONSEJO DE ESTADO (2006), *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, n.º E1/2005. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>.
- DE PEDRO BONET, X. (2011), «La Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2010*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- EXPÓSITO, E. (2017), «Relaciones de colaboración intergubernamentales en el estado autonómico: los pasos recorridos y el camino por hacer», en *RGDC*, n. 24.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2012), «La solidaridad como principio constitucional», en *TRC*, n. 30.
- GÁLVEZ MUÑOZ, L. y RUIZ GONZÁLEZ, J. G. (2013), «Estado autonómico, cooperación intergubernamental y conferencias de presidentes», en *RDP*, n. 86.
- GARCÍA MORALES, M. J. (1998), *Convenios de colaboración en los sistemas federales europeos: Estudio comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica*, MacGraw-Hill, Madrid.
- (2008), «Los instrumentos de las relaciones intergubernamentales», en *Activitat Parlamentària*, n. 15.

- (2009), «La colaboración a examen: Retos y riesgos de las relaciones intergubernamentales en el Estado autonómico», en *REDC*, n. 86.
 - (2018), «Comentario al artículo 145», en Pérez Tremps, P., Sáiz Arnáiz, A. (dirs.), Montesinos Padilla, C. (coord.), *Comentarios a la Constitución española, 40 Aniversario 1978-2018, Libro homenaje a L. LÓPEZ GUERRA*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA MORALES, M. J., MONTILLA MARTOS, J. A. y ARBÓS MARÍN, X. (2006), *Las Relaciones Intergubernamentales en el Estado Autonómico*, CEPC, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J. (1997), «Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 47.
- GONZÁLEZ GARCÍA, I. (2009), «La prohibición constitucional de federación entre Comunidades Autónomas», en *Cuadernos de Alzate*, n. 40.
- (2011), «La facultad de recalificación de las Cortes Generales ex artículo 145.2 CE: una tesis personal», en *REDC*, n. 91.
 - (2016), «El papel de la norma en la colaboración interterritorial: propuestas de reforma», en *REAF*, n. 23.
- IBÁÑEZ BUIL, P. (1997), «Los convenios entre comunidades autónomas», en *REAL*, núm. 274-275.
- MATIA PORTILLA, J. (2011), «La cooperación horizontal: un impulso tan necesario como esperado», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 23.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (1982), *Los Convenios entre las Comunidades Autónomas*, IEAL, Madrid.
- MENÉNDEZ REXACH, A. y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2011), *El Principio de Colaboración en el Estado Autonómico*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- MONTERO RODRÍGUEZ, C. (1988), «La solidaridad constitucional y sus problemas en el Estado autonómico», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2007), *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Iustel, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, S. et al. (2017), «Ideas para una reforma de la Constitución», disponible en <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-31775//Ideas%20para%20una%20reforma%20constitucional.pdf>
- PÉREZ MORENO, A. (1979), «Solidaridad y Convenios entre Comunidades Autónomas», en *Documentación Administrativa*, n. 181.
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.^a J. (2009), *Relaciones Intergubernamentales Estado-Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2013), «Las relaciones horizontales de colaboración entre Comunidades Autónomas: marco jurídico, funcionamiento y rendimiento», en *RDP*, n. 88.
 - (2016), «El proceso de independencia de Cataluña: su visión desde la Comunidad Valenciana», en *TRC*, n. 37.

- ROLLA, G. (2004), «Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano», en *ReDCE*, n. 1.
- RUBIO LLORENTE, F. (2013), «Discurso de aceptación del nombramiento como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Valladolid», en *ReDCE*, n. 20.
- RUIZ GONZÁLEZ, J. G. (2012), «La cooperación intergubernamental en el estado autonómico: situación y perspectivas», en *REAF*, n. 15.
- SÁNCHEZ NAVARRO, A. (1999), «Artículo 145. Convenios entre Comunidades Autónomas», en Alzaga Villaamil, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XI, Edersa, Madrid.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (1984), *Descentralización y cooperación*, IEAL, Madrid.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2018), «Comentario al Artículo 2», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo I, Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid.
- TAJADURA TEJADA, J. (1996), «El artículo 145 de la Constitución española: los convenios y acuerdos de cooperación entre las CCAA», en *Revista Jurídica de Navarra*, n. 21.
- (2007), «El principio de solidaridad en el Estado Autonómico», en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 32.
- (2010), «Los convenios de cooperación entre Comunidades Autónomas: marco normativo y propuestas de reforma», en *REAF* n. 11.
- (2010), *El principio de cooperación en el Estado Autonómico*, Comares, Granada.
- TORNOS MAS, J. (2007), *Informe de Comunidades Autónomas 2006*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- TOSCANO GIL, F. (2017), «La nueva regulación de los Convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público», en *RGDA*, Iustel, n. 45.

LA «SFIDA» SECESSIONISTA E IL VALORE «UNIFICANTE» DELLA SOLIDARIETÀ TERRITORIALE. L'ULTIMA FRONTIERA DELLA PROTESTA POPULISTA

IDA ANGELA LOREDANA NICOTRA
Università di Catania

SOMMARIO: 1. La vicenda catalana e il referendum sull'indipendenza. 2. Unità, integrità territoriale e limiti ai referendum consultivi in Italia. 3. Indissolubile unità della Nazione e autonomia in Spagna. 4. I movimenti separatisti. 5. Diritto all'autodeterminazione dei popoli e pretesa alla secessione. 6. Indivisibilità dello Stato e principio di solidarietà. 7. Conclusioni. 8. Riferimenti bibliografici.

1. LA VICENDA CATALANA E IL REFERENDUM SULL'INDIPENDENZA

La vicenda catalana ha riportato al centro del dibattito istituzionale, e non solo in Spagna, il tema della relazione, per la verità, mai del tutto risolta, tra principio d'indivisibilità dello Stato e autodeterminazione dei popoli.

Il lungo iter del referendum sull'indipendenza della Catalogna, voluto fortemente dalla Generalitat de Catalunya e dal suo Presidente Carles Puigdemont, induce a riflettere ancora sulla dialettica tra autonomia e suoi limiti, tra pretese separatiste e solidarietà territoriale (Cassese, 2017, 75).

La consultazione dell'ottobre del 2017 rappresenta la tappa più eclatante di un percorso molto travagliato che inizia nel 2010, allorquando il Tribunale Costituzionale giudica non conformi al Testo fondamentale alcune norme dello Statuto della Catalogna approvato nel 2006. In particolare, le previsioni contenute nel preambolo in cui si fa riferimento alla «realità nazionale» catalana¹. Dopo il fallimento della proposta del 2014², il Parlamento catalano ci riprova nel 2017, formulando un quesito referendario dal tenore inequivocabile: «Volete che la Catalogna sia uno Stato indipendente in forma di Repubblica?». E l'esito, secondo quanto stabilito dalla legge regionale catalana, avrebbe dovuto avere carattere vincolante. Ciò si poneva in linea con la risoluzione del Parlamento regionale³ di avviare il procedimento per rendere effettivo il diritto di decidere sul futuro politico collettivo del popolo catalano (Vagli, 2014), nel rispetto dei principi di partecipazione, sovranità, trasparenza, legittimità democratica. Il referendum dava ragione all'opzione separatista (Bilancia, 2014; Minni, 2017). L'istanza autonomista ha visto la schiacciante vittoria dei sì, con oltre il 90% dei consensi favorevoli all'indipendenza. Il 17 ottobre 2017 il Tribunale costituzionale dichiarava nulla la legge istitutiva del referendum, in quanto lesiva della supremazia della Costituzione, della sovranità, dell'indissolubile unità della nazione spagnola. Il Parlamento della Regione procedeva, comunque, ad approvare, a scrutinio segreto, la nascita della Repubblica Catalana, come Stato indipendente⁴. Intanto, il Senato spagnolo, con l'applicazione, per la prima volta nella storia, dell'art. 155 della Costituzione, commissariava gli organi della Regione e decretava lo scioglimento del Parlamento catalano, indicando contestualmente nuove elezioni (Mastromarino, 2017).

¹ Con la sentenza n. 31 del 28 giugno del 2010 il Tribunale Costituzionale dichiara, inoltre, incostituzionale l'art. 8 dello Statuto che richiama la bandiera, l'inno e la festa come simboli della nazione catalana, in contrapposizione a quelli riconosciuti dalla Monarchia parlamentare spagnola.

² V. CONTI (2018).

³ *Risoluzione del Parlamento di Catalogna del 23 febbraio 2013*, dichiarata dal Tribunale Costituzionale, con la sent. n. 42 del 2014, in contrasto con la Costituzione spagnola, in quanto secondo i principi dell'attuale ordinamento solo il popolo spagnolo è sovrano, in maniera esclusiva e indivisibile. A nessun altro soggetto o organo dello Stato e a nessuna frazione del popolo è possibile attribuire la qualità di sovrano. La stessa sentenza si pronuncia a favore della legittimità del «diritto a decidere», sul presupposto che il Costituente spagnolo abbia prescelto il modello di democrazia a «potere aperto».

⁴ La dichiarazione d'indipendenza è stata annullata dal Tribunale Costituzionale spagnolo il 31 ottobre 2017.

2. UNITÀ, INTEGRITÀ TERRITORIALE E LIMITI AI REFERENDUM CONSULTIVI IN ITALIA

Dal punto di vista del diritto interno il profilo di maggiore interesse riguarda il carattere di unità e indissolubilità dello Stato.

L'indivisibilità, invero, costituisce un tratto qualificante di ogni ordinamento giuridico statale, poiché strettamente connessa al rapporto intercorrente tra popolo, sovranità e territorio. L'art. 4, 2° co. del Trattato dell'UE scrive che «l'Unione rispetta le funzioni essenziali degli Stati, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

Secondo la concezione classica, il popolo esercita la sovranità in un determinato ambito spaziale, in modo indipendente ed esclusivo rispetto a ogni altro organismo o Stato.

Infatti, la maggior parte delle Costituzioni prevede un divieto implicito o espresso di attentare all'indivisibilità del territorio.

Se a qualsiasi altro soggetto fosse consentito di esercitare un potere d'imperio altrettanto indipendente sulla stessa porzione di territorio o su parte di essa si porrebbe come un'incognita non soltanto la sovranità dello Stato, ma la sua integrità territoriale e, in definitiva, la sua stessa esistenza. In questa prospettiva, un modello costituzionale costruito su un decentramento politico «forte» costituisce un presidio a tutela del principio unitario. Ecco perché la previsione contenuta nell'art. 5 della Costituzione italiana concilia armonicamente i principi di unità e indivisibilità con il riconoscimento delle autonomie locali e del più ampio decentramento amministrativo (Giuffrè, 2012, 1 ss.; Demuro, 2018, 72). Di modo che, la proposizione costituzionale introduce il principio dell'autonomia, riconoscendo agli enti decentrati la capacità di darsi norme proprie. Ciò sul presupposto che alla distribuzione territoriale del popolo debba corrispondere un governo capace di fornire soluzioni adeguate alle domande localizzate su una determinata parte del territorio nazionale.

Nell'edificazione dello Stato repubblicano il riconoscimento del pluralismo è stato accompagnato con l'idea di storicizzare il significato di sovranità, restituendo frazioni di essa ai differenti gruppi presenti nella società, al fine di dare rilievo costituzionale alla disomogeneità delle istanze proprie di ogni collettività intermedia. Di conseguenza la sovranità imputata al popolo nella sua globalità concorre con l'autonomia riconosciuta alla collettività stanziata su un determinato territorio. Col che, invero, si percepisce, l'assetto istituzionale in termini di simultaneità e compatibilità tra Stato da una parte e Regioni e Città

Metropolitane dall'altra, entro il medesimo ambito spaziale e alla necessaria coesistenza sulla stessa entità materiale dello Stato e degli enti non dotati di sovranità (Nicotra, 1995, 9 ss.).

Tutto ciò è reso ancor più chiaro dall'evoluzione dell'ordinamento giuridico italiano verso un tipo di stato spiccatamente decentrato, riassunta nell'articolo di apertura del nuovo Titolo V, all'art. 114. Mentre nel testo previgente si affermava: «La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni», adesso, la formulazione novellata dispone che: «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato», offrendo una tutela di esistenza a tutti gli enti locali, ma, in primo luogo, ponendoli tutti sullo stesso piano e elencandoli secondo un criterio di prossimità, partendo dall'ente più vicino al cittadino.

Così, se l'autonomia rappresenta «quasi la faccia interna della sovranità» (Berti, 1994, 203), l'indipendenza di entità decentrate sancirebbe la trasformazione della spazialità dello Stato e dunque la fine della sovranità statale, quanto meno, nella sua originaria versione.

Prova ne sia che le Costituzioni nazionali non prevedono il diritto alla secessione (Marazzita, 2017, 84), al massimo possono consentire modificazioni territoriali che incidono sulle porzioni di territorio spettanti alle entità locali, ma che lasciano integro lo spazio di proprietà statale. Come avviene, ad esempio, per gli articoli 132 e 133 della Costituzione italiana, che tratteggiano in maniera significativa la relazione intercorrente tra comunità dei cittadini e territorio degli enti regionali e locali ¹.

Diversamente, il diritto di separarsi costituisce una deroga di carattere eccezionale e trova, di rado, sistemazione nelle Carte costituzionali, e comunque in ordinamenti a struttura federale e mai in quelli di tipo unitario. La previsione contenuta nell'art. 72 della Costituzione sovietica del 1977 assicurava a «ogni Repubblica il diritto di libera secessione dall'Unione». L'art. 50 del Trattato sull'Unione Europa prevede che «ogni singolo Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione». Queste due disposizioni confermano come il diritto di separarsi sia ammissibile solo per rafforzare la sovranità di uno Stato che, proprio grazie alla secessione, può revocare le cessioni di sovranità a suo tempo compiute in favore di un ordinamento

¹ Le modificazioni territoriali devono essere sostenute dal consenso delle popolazioni interessate mediante iniziativa o/e referendum per procedere con legge dello Stato al trasferimento di Province e Comuni dal territorio di una Regione a un'altra; ovvero su iniziativa dei Comuni al legislatore ordinario di adottare il mutamento di circoscrizioni provinciali e l'istituzione di nuove Province nell'ambito di ciascuna Regione, cfr. NICOTRA (1995, 27 ss.; e 2012); PEDRAZZA GORLERO (1991).

sovrana di natura federale (Marazzita, 2017, 85). In nessun caso, è previsto in Costituzione il diritto alla secessione a favore di una parte del popolo.

Alla base della solenne affermazione contenuta nell'art. 52 della Costituzione, che definisce «sacro» il dovere di difesa della Patria, sta proprio la finalità di preservare «l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale, alla propria indipendenza e – al limite – alla sua stessa sopravvivenza» (Corte Cost. sent. n. 86/1977) e la «necessità fondamentale e suprema attinente all'esistenza e difesa dello Stato» (Corte Cost. sent. n. 37/1962).

L'indivisibilità è presidio dell'integrità territoriale dell'ordinamento statale e perciò sottratto al procedimento di cui all'art. 139 della Costituzione. Siamo di fronte ad un limite assoluto, non derogabile neanche nelle forme previste dal legislatore della revisione costituzionale, perché una legge che avesse di mira «la divisione della Repubblica in uno o più Stati, o alla separazione di una o più parti d'Italia dalla Stato» (Esposito, 1954, 73) si porrebbe in palese contrasto con i principi basilari della Costituzione.

Non solo. Ipotesi di questo tipo potrebbero indurre il Presidente della Repubblica a non promulgare la legge anche nel caso in cui le Camere, ignorando i rilievi presidenziali, approvino nuovamente la stessa nel medesimo testo. Sebbene, infatti, secondo quanto prescritto dal 2° comma dell'art. 74 «se le Camere approvano nuovamente la legge, questa deve essere promulgata», il Capo dello Stato può rifiutare la promulgazione se la legge presenta dei contenuti in così lacerante contrasto con la Carta Costituzionale che la sua promulgazione potrebbe configurare un'ipotesi di responsabilità presidenziale per alto tradimento o attentato alla Costituzione². Il Presidente della Repubblica è «il Capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale». Egli, cioè, simboleggia la comunità nazionale nel suo complesso che non può prescindere, innanzitutto, dalla conservazione dell'integrità territoriale del Paese.

Si configurerebbe, addirittura, un vero e proprio dovere presidenziale di non procedere alla promulgazione di una legge di revisione qualora si profili una violazione talmente grave da minacciare valori assolutamente inviolabili come *l'unità della Nazione*, ovvero uno dei principi supremi della Costituzione o dei diritti fondamentali della persona. Tanto da poter indurre il Presidente della Repubblica a sollevare conflitto di attribuzioni, affinché la Corte Costituzionale accerti l'insussistenza dell'obbligo di promulgare³.

² In questo senso, DE VERGOTTINI (2012, 561), il quale concorda con l'idea che in ipotesi limite il Capo dello Stato «non può assecondare la promulgazione di leggi potenzialmente eversive del testo costituzionale».

³ Invero, il Capo dello Stato, ove dovesse insorgere «un siffatto drammatico problema» potrebbe, nelle more dell'iter di revisione costituzionale, inviare un messaggio alle Camere per prospettare, in tutta

Ed è il legislatore italiano che, sulla scorta del dettato costituzionale, definisce il concetto di sicurezza esterna e interna⁴ come «la difesa dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica – anche in attuazione di accordi internazionali – dalle minacce provenienti dall'estero e la difesa della sicurezza interna della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica».

L'indivisibilità, dunque, riguarda il modo di essere della Repubblica italiana sotto il profilo strutturale. Il discorso sul valore dell'unità non può che riguardare anche lo strumento referendario. Infatti, il referendum, compreso quello di natura meramente consultiva, è elemento di cerniera tra il popolo e le istituzioni rappresentative, tanto che svolge la funzione di influenzare o contrastare processi decisionali pubblici. Perciò i referendum nazionali, regionali e locali «sono istituti tipizzati e debbono svolgersi nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione o stabiliti sulla base di essa». Così la Corte ha dichiarato precluso ai referendum regionali l'indizione di consultazioni tali da suggerire «sovertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica»⁵ di cui all'art. 5 della Costituzione.

Naturalmente, la fisionomia del nostro ordinamento si sviluppa intorno a principi che includono il pluralismo sociale e istituzionale, l'autonomia territoriale, l'apertura all'integrazione sovranazionale, ma tali principi devono trovare attuazione all'interno della cornice unitaria. A Regioni, Comuni, Città metropolitane non è consentito, dunque, di qualificarsi in termini di sovranità, né a maggior ragione, gli stessi principi possono essere estremizzati fino alla frammentazione dell'ordinamento.

Un'iniziativa referendaria, sia pure a scopo consultivo, non può essere utilizzata per interpellare gli elettori «su prospettive di secessione in vista della istituzione di un nuovo soggetto sovrano»⁶, perché un atto che contraddice l'unità della Repubblica si pone perciò stesso come *extra-ordinem*⁷.

la sua gravità, al Parlamento e all'opinione pubblica il rischio di sovvertimento delle istituzioni repubblicane, attraverso la promulgazione; per questa tesi, GALEOTTI, PEZZINI (1996, 465).

⁴ Cfr. art. 6 e 7, l. n. 3 agosto 2007, n.124, («Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto»).

⁵ Cfr. Corte Cost., sent. n. 118 del 2015, con nota di LONGO (2018).

⁶ Così, Corte Cost., sent. n. 118 del 2015; cfr., anche, CERRUTI (2017, 271).

⁷ Si tratta, secondo DI COSIMO (2018, 29) del c.d. «lato oscuro» dell'istituto del referendum che può essere utilizzato come strumento per trovare facili scappatoie dalle regole fissate dall'ordinamento costituzionale, com'è accaduto con il referendum catalano del 2017.

3. INDISSOLUBILE UNITÀ DELLA NAZIONE E AUTONOMIA IN SPAGNA

L'art. 2 della Costituzione spagnola proclama il principio di «indissolubile unità della Nazione spagnola» accanto al diritto all'autonomia delle «nazionalità e delle Regioni che la compongono».

«L'indissolubile unità» si concilia, similmente, a quanto avviene nel testo della Costituzione italiana, con il principio dell'autonomia locale, riconoscendo alle collettività regionali la capacità di darsi norme proprie, sul presupposto che alla distribuzione spaziale dei cittadini debba corrispondere un governo capace di fornire soluzioni diversificate alle istanze localizzate su una determinata parte del territorio nazionale.

Del resto, l'elaborazione della Costituzione spagnola, che seguì al tramonto del regime di Franco e all'ascesa al trono della monarchia, è improntata all'idea del più ampio pluralismo e al convincimento del definitivo tramonto del concetto di sovranità popolare come potere unificante e illimitato.

La Costituzione dello Stato spagnolo, entrata in vigore nel 1978, si regge su un concetto di sovranità dinamico che restituisce frazioni di essa ai differenti gruppi presenti nella società, al fine di dare forza alle domande delle collettività intermedie.

Per dar voce ai territori, il titolo VIII della Costituzione Spagnola prevede procedure diversificate, per attuare il regionalismo asimmetrico. Si tratta di definire Statuti speciali al fine di preservare le sfere di autonomia delle Comunità Autonome, espressione di nazionalità storicamente consolidate.

Così, Catalogna, Paesi Baschi, Galizia e Andalusia hanno ottenuto in tempi più brevi e, attraverso un iter semplificato, un ventaglio maggiore di competenze rispetto alle altre Comunità Autonome. Tuttavia, dopo gli anni novanta, attraverso una riforma del sistema regionale spagnolo, le differenze di trattamento tra gli enti sub statali si sono sensibilmente attenuate, sfumando il carattere di specialità che si era riservato inizialmente alle quattro Comunità.

Di qui l'inizio di un lungo braccio di ferro tra Stato spagnolo e la Comunità Autonoma che, fra l'altro, inserisce nel proprio Statuto un Preambolo ove riconosce il carattere di «Nazione» alla Catalogna.

Sulla vicenda è intervenuto il Tribunale Costituzionale con la sentenza n. 31 del 2010, chiarendo che il termine «Nazione» indica un elemento distintivo della sovranità e che, dunque, spetta, in via esclusiva, allo Stato spagnolo. Il riconoscimento del requisito della sovranità al popolo catalano – aggiungono i giudici del Tribunale costituzionale – risulta estraneo alla previsione contenuta nell'art. 2 CE, in quanto esso presuppone di attribuire al soggetto il potere di

rompere, unilateralmente, quello che la Costituzione pone come suo stesso fondamento: l'indissolubile unità della Nazione spagnola. E invero, né le nazionalità, né le regioni che formano lo Stato sono titolari di una potestà sovrana che il potere costituente ha attribuito soltanto alla Nazione spagnola.

La Costituzione spagnola prevede un istituto di carattere eccezionale che serve a risolvere ipotesi-limite, non altrimenti superabili. Si tratta di una clausola di «salvaguardia» da porre a difesa dei principi fondamentali della Costituzione. L'art. 155 trova applicazione, per la prima volta, con riferimento alla vicenda catalana, per sospendere il processo secessionista in atto. La limitazione dell'autonomia può trovare giustificazione solo dinanzi al superiore interesse di protezione di valori fondativi l'ordinamento come l'unità e l'indivisibilità territoriale. La norma, infatti, recita: «Ove la Comunità autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o agisca in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, previa richiesta al Presidente della Comunità e, ove questa sia disattesa, con l'approvazione della maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi». Si comprende come la Costituzione intenda, attraverso tale previsione, porre rimedio a una situazione patologica che si pone in stridente contrasto con l'ordine costituito da richiedere un meccanismo di scioglimento degli organi regionali⁸. A tal fine, il 2° comma dell'art. 155, conferisce al Governo il potere di dare «istruzioni a tutte le autorità delle Comunità autonome per l'esecuzione delle misure previste nel comma precedente».

Il meccanismo pensato dal Costituente spagnolo ricorda lo scioglimento-sanzione previsto nell'art. 126, co. 1° della Costituzione⁹. In casi del tutto straordinari, infatti, è possibile porre fine anticipatamente agli organi regionali. Si procede «con decreto del Presidente della Repubblica per disporre lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge». Lo scioglimento e la rimozione possono essere, altresì, disposti per ragioni di sicurezza nazionale. Sembra plausibile far rientrare tra le ragioni di sicurezza nazionale anche fatti che attentino all'unità e all'indivisibilità della Repubblica. Come testimoniano le discussioni durante i lavori dell'Assemblea Costituente, la nor-

⁸ La dichiarazione d'indipendenza, adottata dal Parlamento catalano il 27 ottobre del 2017, integrerebbe l'ipotesi di grave attentato agli interessi generali della Spagna, individuato nella previsione costituzionale quale presupposto per far scattare la misura sanzionatoria da parte dello Stato centrale.

⁹ Cfr. STERPA (2018, 407 ss.). La procedura prevista dall'art. 155 della Costituzione spagnola ricorda il rimedio eccezionale di sospensione degli organi sub statali previsto nell'art. 37 della Carta fondamentale tedesca, come fa notare, POGGESCHI (2018, 167).

ma fu pensata quale presidio del principio unitario dinanzi ad eventuali atteggiamenti delle Regioni che avrebbero potuto, in futuro, porsi in palese violazione con l'interesse nazionale legato all'integrità del territorio italiana (Crisafulli, Paladin, Bartole, Bin, 2008, 1125). Per procedere allo scioglimento occorre che il decreto del Presidente della Repubblica sia «adottato sentita una Commissione di deputati e senatori, per le questioni regionali, nei modi stabiliti con legge della Repubblica». Il parere non vincolante della commissione parlamentare costituisce uno strumento per verificare che l'Esecutivo, cui spetta il potere di scioglimento, abbia ben ponderato le ragioni della decisione. La *ratio* della previsione è, infatti, chiara: la fine anticipata degli organi periferici non può essere decretata per una mera divergenza tra l'indirizzo politico della Regione e quello del Governo, ma rappresenta un argine dinanzi a comportamenti che rischiano di mettere in pericolo la configurazione unitaria dello Stato.

4. I MOVIMENTI SEPARATISTI

La tematica relativa al diritto di una minoranza ad ottenere un ambito di autonomia sempre più ampio dal governo centrale, fino alla completa indipendenza da questo, si colloca nella tendenza sempre più diffusa di predilezione di forme federali, in cui la formula del decentramento garantisca una sempre crescente capacità di autogoverno agli enti territoriali.

Infatti, le forze politiche e i gruppi parlamentari, che nascono e si sviluppano con lo specifico intento di far valere istanze localistiche, rappresentano un aspetto di necessario confronto all'interno delle democrazie pluraliste.

La situazione si complica quando i movimenti politici pian piano modificano i loro programmi originari e non si accontentano più delle concessioni dei governi centrali alle loro richieste di autonomia e alzano, per così dire, il prezzo sino a giungere a rivendicare il diritto a una piena autodeterminazione.

A quel punto, i partiti indipendentisti si presentano agli elettori esponendo esplicitamente le loro intenzioni di voler tendere al separatismo. L'eventuale successo elettorale rafforzerà le rivendicazioni politiche consistenti nella volontà di secedere nei confronti dello Stato.

Così è avvenuto in Scozia, con il partito indipendentista, Scottish National Party che, intercettando il malcontento generale dovuto al cattivo funzionamento della devolution, ha ottenuto nel 2007 una storica vittoria sui laburisti. Il movimento nazionalista aveva basato la sua campagna elettorale sulla necessità d'indizione di un referendum, per decidere sulla secessione della Scozia dal Regno Unito (Nicotra, 2007, 106 ss.).

La consultazione popolare svoltasi nel 2014, ha visto un'affluenza massiccia alle urne, superiore all'85% degli scozzesi e il 55% ha bocciato il progetto di secessione e si è schierato per rimanere nel Regno Unito¹⁰. Anche in Québec –dopo il fallimento di due consultazioni popolari nel 1980 e nel 1995¹¹– il partito autonomista sembrerebbe nuovamente determinato a chiedere un nuovo referendum per l'indipendenza della provincia francofona del Canada.

A questo punto la questione su cui riflettere riguarda la qualificazione dei partiti che tendono alla secessione. Si può nutrire il dubbio che tali movimenti rappresentino un pericolo per la stessa sopravvivenza del «patto sociale» elevato, in quasi tutti i documenti costituzionali, a valore dell'unità politico-territoriale.

Le forze secessioniste andrebbero, cioè, annoverate fra quelle antisistema (Paladin, 1998; Veneziani, 1998, 90), poiché mirerebbero a scardinare l'originario assetto territoriale dello Stato. L'unità del territorio, infatti, rappresenta, tradizionalmente, struttura portante ed elemento identificativo dello Stato¹².

La discussione sull'efficacia giuridica dei concetti di unità e indivisibilità dello Stato risulta di estremo interesse per provare a fornire una soluzione politico-costituzionale ai propositi di secessione. Se non pare confutabile che il proposito di disgregazione dell'ordinamento statale non è attuabile percorrendo la via della revisione costituzionale, posto che il carattere unitario costituisce un valore fondamentale per la sopravvivenza stessa dello Stato, il punto da approfondire sembra essere un altro.

In particolare, per una soluzione sul partito secessionista si possono prospettare due percorsi, a seconda che si prediliga il fine o il metodo.

Nel primo caso si finirebbe per negare la legittima esistenza di una forza indipendentista perché finalizzata a conseguire obiettivi vietati dalla Costituzione; nel secondo, per ammettere la presenza di forze «antitetiche» che agiscono per l'ottenimento di fini incostituzionali, ma attraverso mezzi pacifici.

Libertà e pluralismo sono tratti distintivi che accomunano la Costituzione spagnola a quella italiana. Secondo la previsione contenuta nell'art. 6 i partiti sono strumenti fondamentali di partecipazione politica ed espressione di pluralismo (Gallego Castañera, 1998, 31 ss.; Satrústegui Gil-Delgado, 1996, 81).

Essa richiede, accanto all'osservanza del metodo democratico nella struttura interna e nel funzionamento dell'organizzazione, il rispetto della Costitu-

¹⁰ Cfr. CARVALE (2014, 22).

¹¹ V. ROLLA (1996, 3270).

¹² L'integrità territoriale costituisce «uno degli ambiti di protezione più importanti al cuore stesso della sovranità; la difesa dell'unità territoriale è un elemento essenziale dell'unità assiologica»; così LOLLINI (2006, 407 ss.).

zione e delle leggi nella creazione di associazioni partitiche e nello svolgimento della loro attività (De Otto Pardo, 1985, 55 ss.).

Il significato di tale previsione va compreso alla luce delle coordinate fondamentali del sistema ordinamentale spagnolo.

Il riconoscimento tra i valori fondanti del pluralismo politico, da una parte, la contestuale presenza di un procedimento che consente la revisione totale dall'altra, hanno portato a configurare la Legge Fondamentale del 1978 come un atto normativo basato su una indifferenza «valoriale», costruita secondo l'impostazione di un ordinamento liberaldemocratico, dal profilo relativistico e conflittuale.

Tuttavia, la norma sulla riscrittura totale prevista nell'art. 168 va conciliata con la tutela dei principi supremi dell'ordinamento. Di guisa che, soltanto ricorrendo a un'evidente forzatura del dettato costituzionale si potrebbe ritenere legittimo il superamento dei principi supremi dell'ordinamento.

Le ambiguità scaturenti da un disegno ordinamentale complesso e articolato come quello spagnolo emergono anche da alcune pronunce del Tribunale Costituzionale. In particolare, il giudice spagnolo¹³ – chiamato a verificare la legittimità della legge organica n.6 del 2002 sulla «*illegalizzazione*» dei partiti politici – si è pronunciato, per un verso, per il riconoscimento formale e teorico della riscrittura assoluta della Costituzione, per altro verso, ha ritenuto i partiti anti-sistema profondamente perturbativi dei principi basilari dell'ordinamento costituzionale (Nicotra, 2013).

In questa sede, si tratta di comprendere se all'interno di democrazie a connotazione spiccatamente pluralistiche, specchio di un'arena sociale e territoriale fortemente variegata, esista uno spazio di competizione politica per una forza indipendentista, per concorrere alla determinazione della politica nazionale.

I partiti secessionisti, infatti, a differenza delle forze «antisistema» secondo la concezione classica, non hanno di mira obiettivi antidemocratici, non pensano, cioè, a instaurare un regime contrario ai principi liberaldemocratici¹⁴.

5. DIRITTO ALL'AUTODETERMINAZIONE DEI POPOLI E PRETESA ALLA SECESSIONE

Con il termine autodeterminazione si indica, di solito, il diritto di un popolo di darsi la forma di governo e di non essere sottoposto alla sovranità di

¹³ Tribunale Costituzionale, sent. n. 48 del 2003, sul punto, si rinvia NICOTRA (2007, 69).

¹⁴ Il movimento indipendentista non sarebbe annoverabile tra quelli eversivi dell'ordine democratico, perché esso non mira alla nascita di una qualsiasi dittatura, con aggressioni alla libertà e ai diritti fondamentali delle persone.

uno Stato contro la sua volontà (Baldi, 2004, 51). La questione presenta una complessità particolare, coinvolgendo profili di diritto interno, ma anche di diritto internazionale.

Per quanto variegata siano le posizioni in argomento, su alcuni punti vi è un ragionevole grado di concordia, almeno per quel che concerne la cornice di requisiti necessari per rivendicare il diritto all'indipendenza.

Ed invero, il diritto di autodeterminazione dei popoli¹⁵, le cui prime enunciazioni si sono avute con le Rivoluzioni francese e americana, nasce come riconoscimento nei confronti di comunità che hanno subito una dominazione esterna di tipo coloniale, ovvero di minoranze gravemente discriminate dai governi centrali e più in generale come reazione al mancato rispetto della diversità culturale, linguistica, etnica di un gruppo minoritario (Mancini, 1996, 16 ss.; Barbera, 1997, 175).

Il diritto alla secessione può trovare riconoscimento, oltre che per ottenere piena tutela dei diritti fondamentali, nel caso di pregiudizi gravi che si manifestano con atti reiterati che finiscano con il conculcare l'effettivo esercizio dell'autonomia di una comunità locale, limitando fortemente la capacità di autogoverno all'interno dello Stato di appartenenza o nell'ipotesi di gravi discriminazioni di carattere economico che giungano a negare il principio di solidarietà interregionale.

Il diritto di decidere si pone a fondamento di una serie di strumenti giuridici delle entità sub statali per ottenere il soddisfacimento di pretese, il cui fondamento sta nell'imprescrittibilità dei diritti naturali e originari di una comunità sociale.

Nella sua accezione ordinaria, autodeterminazione vuol dire dar voce alle diversità con il diritto di creare istituzioni indipendenti, per valorizzare il proprio patrimonio di lingua, cultura, tradizioni, economia.

Secondo le previsioni contenute nei documenti internazionali, il gruppo minoritario viene riconosciuto come soggetto beneficiario di specifici diritti, in modo da evitare forme di sopraffazione da parte dell'autorità centrale come il tentativo di sottomissione o l'esilio.

Invero, il «diritto di autodeterminazione dei popoli» contenuto nell'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966 costituisce un rimedio eccezionale o da «ultima spiaggia» (Buchanan, 1994, XII), qualora sia fallito ogni tentativo di far cessare, rimanendo parte integrante della struttura statale, comportamenti discriminatori a danno di una parte della popolazione.

¹⁵ In modo specifico la questione è affrontata da GUARINO (1984, 189); ZANGHI (1993, 405 ss.).

D'altro canto, l'affermazione del diritto di autodeterminazione non può compromettere il principio d'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi Stato, secondo quanto prevede lo Statuto delle Nazioni Unite. Infatti, nel successivo articolo 2 si legge che gli Stati nel perseguire i fini enunciati nell'art. 1 «devono agire in conformità ai seguenti principi, tra cui il dovere di astenersi nelle loro relazioni internazionali dalla minaccia o dall'uso della forza, sia contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di qualsiasi altro Stato». Il principio di autodeterminazione, in definitiva, trova il limite nel rispetto dell'integrità territoriale di un'entità statale.

Sicché, l'autodeterminazione, e con esso la pretesa di secessione, risulta relegata tra gli istituti di *extrema ratio*, esperibili soltanto per reagire al comportamento oppressivo dello Stato nei confronti di una popolazione minoritaria, che calpesti in modo reiterato i diritti inviolabili e le libertà fondamentali della persona. Anzi, il principio di autodeterminazione «non implica il diritto di secessione da parte di minoranze desiderose, spesso, per rivendicazioni puramente nazionalistiche, di ergersi a Stato indipendente» (Lattanzi, 1994, 7).

In altre parole, le aspirazioni separatiste dei gruppi minoritari sono destinate a cedere tutte le volte in cui si dovessero verificare all'interno di un ordinamento rispettoso dei diritti inalienabili delle minoranze. In questo caso, si affermerà come prevalente la clausola di salvaguardia a favore dell'integrità territoriale degli Stati. Come ha confermato la Corte Suprema Canadese¹⁶ nella storica decisione sul referendum del Québec, il diritto all'autodeterminazione dei popoli va riconosciuto nella sua pienezza solo quando un popolo è governato come parte di un impero coloniale, o quando a quel popolo è negato l'esercizio di basilari diritti democratici e non, anche, nel caso in cui a una determinata minoranza si riconosce il diritto di partecipazione ai processi decisionali democratici, perseguendo all'interno di essi i propri interessi politici, economici e culturali¹⁷.

6. INDIVISIBILITÀ DELLO STATO E PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

La vicenda catalana, così come quella di Scozia e Québec¹⁸, sembra allontanarsi da ragioni conflittuali e discriminatorie di natura etnico, linguistica o culturale. Il secessionismo promosso dai partiti indipendentisti della Catalo-

¹⁶ Al riguardo, si rinvia alle considerazioni di POGGESCHI (1998, 1173 ss.).

¹⁷ Diffusamente, CARAVITA (2006, 55).

¹⁸ In proposito, cfr. CARVALE (2014, 24), che ricorda come in tali contesti non esiste né nell'ordinamento interno, né in quello internazionale, un diritto alla secessione unilaterale, piuttosto le due fattispe-

gna pare piuttosto rappresentare una declinazione atipica della più ampia protesta populista¹⁹. Un populismo «benestante», verrebbe da dire. Il separatismo catalano dell'epoca recente si deve, innanzitutto, a motivi economici, acuitisi certamente con la crisi finanziaria e i vincoli imposti dall'Unione Europea (Tortella, 2016, 227 ss.). La soluzione indipendentista viene proposta dai partiti separatisti, prevalentemente, in termini di rivendicazione di reddito. Siamo di fronte ad un'inedita versione del populismo patrimoniale, in cui le preoccupazioni per i livelli di vita delle persone si mescolano alle dinamiche del forte senso di appartenenza identitario. Anzi, proprio le ragioni di tipo fiscale ed economico costituiscono «un motore potentissimo» (Poggeschi, 2018, 107) per i nazionalismi periferici. Emerge la tensione tra il principio di solidarietà intergenerazionale e l'autonomia dei territori più ricchi (Id., 122). Si tratta di un fenomeno che si sviluppa e trae forza dall'allentarsi del vincolo di solidarietà politica e sociale. La pretesa localista rivendica il diritto di disporre in modo incondizionato delle risorse prodotte sul proprio territorio, negando l'esistenza di una pretesa dello Stato centrale su quelle entrate. Insomma, l'argomento economico e fiscale costituisce elemento di fondamentale importanza nelle rivendicazioni del secessionismo catalano.

L'autonomia regionale finanziaria diviene la cifra del fenomeno secessionista, che ha l'obiettivo di mutare la configurazione territoriale dello Stato esistente e favorire la nascita di una nuova micro-nazione, che insiste su un ambito territoriale connotato da un'omogeneità economico-finanziaria.

La secessione di tipo «patrimoniale» è dunque di per sé difficilmente conciliabile con la dimensione del pluralismo istituzionale, tipica degli ordinamenti liberaldemocratici.

Il principio di unità, infatti, non ha solo un fondamento giuridico, non si esaurisce nelle disposizioni costituzionali ma deve trovare un suo «vissuto» nella forza normativa di valori sociali sui quali si regge lo Stato democratico

cie sarebbero dovute rientrare nelle «*negotiated secession*», frutto di un negoziato con il governo centrale, attraverso un percorso bilaterale.

¹⁹ Il populismo racchiude fenomeni assai eterogenei fra loro, sia dal punto di vista spazio-temporale, che delle dinamiche sociali. Tuttavia, le differenti manifestazioni del populismo hanno dei tratti in comune, come l'opposizione alla globalizzazione e al processo d'integrazione europea, alle immigrazioni di massa verso l'Occidente, tutti fattori questi da cui i cittadini si sentono minacciati e oppressi. I populismi utilizzano le stesse forme di comunicazione politica basata sulla protesta della gente che lamenta mancate risposte ai propri bisogni da parte delle élites. Si assiste, alla nascita dei partiti «anti», anti-*establishment*, anti-immigrazione, anti-globalizzazione, anti-europeisti. Il punto d'incontro di tutti i populismi sarebbe il «disincanto» rispetto alla politica tradizionale, dovuto al cattivo funzionamento del regime democratico e dal «*sentimento d'impotenza e di assenza di alternative che ne deriva*», così ROSANVALLON (2017, 4). Essi si nutrono del malessere, della rabbia, del risentimento, del rancore delle società odierne che si allontanano progressivamente dai partiti tradizionali e cercano rifugio nelle nuove proposte anti-sistema; sul punto, MASSARI (2017, 6); MANETTI (2018, 3 ss.).

pluralista contemporaneo. Così, un certo grado di solidarietà è un elemento coesistente di ogni ordinamento, anche di quelli nei quali non trova espressa menzione.

L'idea di solidarietà, infatti, è connotata tra gli elementi comuni di ogni ordinamento giuridico, perché plasma «ogni forma organizzata di convivenza in grado di evitare il *bellum omnium contra omnes*»²⁰.

Il sistema dei valori su cui si regge la Costituzione spagnola del 1978 mette insieme i principi di unità nazionale, autonomia e solidarietà quali aspetti egualmente fondanti del patto costitutivo (Marsala, 2014, 192 ss.). La solidarietà, principio essenziale dello stato autonomo spagnolo, è sancita nell'art. 2 della Costituzione e ripresa nella previsione contenuta nell'art. 156, laddove si evidenzia il collegamento tra autonomia finanziaria delle Comunità locali e il principio solidaristico. In particolare, si chiarisce che «Le Comunità autonome dispongono di autonomia finanziaria per lo sviluppo e l'esecuzione delle loro competenze con riguardo ai principi di coordinamento con la finanza statale e di solidarietà fra tutti gli spagnoli». Come dire che le istanze autonomistiche trovano spazio all'interno di una cornice ordinamentale più ampia in cui la solidarietà interterritoriale costituisce, al tempo stesso, misura e limite delle prerogative degli enti decentrati. Il principio di solidarietà, in altre parole, si sostanzia in un elemento di equilibrio tra l'autonomia delle nazionalità e delle regioni e l'indissolubile unità dello Stato spagnolo (Poggeschi, 2018, 116).

Alla luce di ciò, la Costituzione riserva allo Stato centrale il ruolo di garanzia per stabilire un quadro economico declinato sulla base dei principi di adeguatezza e giustizia sociale, «favorendo l'instaurarsi di un adeguato e giusto equilibrio economico fra le diverse parti del territorio spagnolo» (art. 138, co. 1 Cost.).

L'impronta solidaristica si scorge nelle norme costituzionali che attribuiscono allo Stato spagnolo il potere di applicare meccanismi di perequazione per assicurare l'effettivo esercizio dei servizi pubblici fondamentali in tutto il territorio nazionale. In un tale contesto, il fascio di relazioni tra un'istituzione «derivante» come lo Stato e gli altri «derivati» come gli enti territoriali decentrati costituiscono la premessa per costruire un rapporto di «solidarietà sociale dinamica». Ciò vuol dire che, nella prospettiva del federalismo personalista, l'autonomia nasce limitata, per «la contemporanea appartenenza delle persone

²⁰ GIUFFRÈ (2002, 8); CATELANI (2019). Quest'ultima A. sostiene che il referendum catalano, quello scozzese, così come il tormentato percorso seguito per definire gli effetti della Brexit e perfino le stesse consultazioni regionali di Lombardia e Veneto, sono accomunate dalla tendenza alla rivendicazione di dosi massicci di autonomia di parti della popolazione che rischiano di mettere in crisi i principi basilari della forma di Stato liberal democratico, primi fra tutti l'unità territoriale e la solidarietà.

a diverse comunità» (Giuffrè, 2012, 6) e per la coesistenza di più gruppi organizzati nel medesimo ambito spaziale di riferimento.

È proprio il legame strettissimo tra il principio d'indivisibilità dello Stato e la solidarietà economica e sociale che si trova scolpito anche nelle prime disposizioni della Costituzione italiana. Il principio di unità territoriale espresso nelle norme contenute negli art. 1, 2 e 5 descrivono l'intreccio fondamentale tra territorio, autonomia e solidarietà. Il riferimento implicitamente posto nell'art. 1 alla sfera territoriale con l'uso dell'espressione «*Italia*», che è concetto giuridico e ancor prima geografico, con cui si rinvia a territorio²¹, quale elemento costitutivo dello Stato e termine di delimitazione dell'ambito di efficacia dell'ordinamento si arricchisce di un ulteriore significato se letto alla luce dell'art. 2. Un chiaro riferimento alla dimensione geografica del potere che si riallaccia nel suo articolarsi in concreto al principio di solidarietà. Nel senso che la solidarietà economica, politica e sociale trova esplicitazione, con la stessa intensità, su tutto il territorio nazionale, tanto nell'adempimento dei doveri inderogabili che nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona.

Il principio di solidarietà è coesenziale all'idea di Stato (Pollacchini, 2016, 56). Tenendo presente siffatta prospettiva, l'ordinamento costituzionale italiano ha dedicato particolare attenzione al rapporto tra solidarietà interterritoriale e autonomia. La proposizione normativa contenuta nell'art. 5 introduce il principio dell'autonomia locale e riconosce agli enti sub statali la capacità di darsi norme proprie sul presupposto che alla distribuzione territoriale del popolo debba corrispondere un governo capace di dare risposte appropriate alle sollecitazioni provenienti da una determinata frazione del territorio nazionale. Infatti, la disposizione contenuta nell'art. 5 va letta in sinergia con il principio democratico, assicurando la più ampia partecipazione dei cittadini ai processi decisionali dell'ente.

La garanzia accordata al pluralismo istituzionale, tuttavia, trova un necessario temperamento nel principio solidaristico e un limite insormontabile nella Repubblica «una e indivisibile». Principio di non separabilità del territorio nazionale che costituisce barriera insormontabile alla revisione costituzionale²².

I termini della relazione tra solidarietà e principio unitario trovano un equilibrato punto di approdo nella disposizione contenuta nell'art. 119, comma 5°. Coesione e solidarietà sociale vengono invocati quali correttivi del principio autonomistico, al fine di giustificare trasferimenti di risorse per ri-

²¹ In proposito, si rinvia alle considerazioni svolte in NICOTRA (1995, 4 ss.).

²² Principio ribadito, anche più da recente, dalla Corte Costituzionale, con la sent. n.118 del 2015.

durre gli squilibri territoriali tra le diverse zone del Paese. Infatti, «per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni».

Nelle zone meno favorite del Paese l'attuazione del federalismo fiscale deve avvenire nel rispetto dei canoni di equità e imparzialità. Fondi perequativi e risorse aggiuntive costituiscono gli strumenti per assolvere ai doveri di solidarietà sociale. Si evidenzia, così, il ruolo dello Stato quale custode del concreto godimento dei diritti sociali, assicurando la disponibilità di risorse anche nei territori più svantaggiati. In definitiva, la solidarietà rappresenta il baluardo per evitare il verificarsi impulsi disgregativi su parti del territorio nazionale. Anche l'ampliamento dell'autonomia riconosciuto alle Regioni ordinarie nei termini del c.d. «regionalismo differenziato» va interpretato in chiave solidaristica. Sebbene vi siano state richieste di attivazione, l'iter che non è ancora giunto a compimento e nessuna Regione ha ottenuto il riconoscimento della «particolare specialità»²³. Anche perché si tratta di un procedimento complesso che si conclude con una legge che deve essere approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata²⁴. Possono cioè riconoscersi alle Regioni che lo richiedano particolari condizioni di autonomia, in ordine alle materie di potestà legislativa concorrente e ad alcune materie di potestà statale esclusiva, come norme generali sull'istruzione, giustizia di pace, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Inoltre, l'art. 116, co. 3° dispone che «Ulteriore forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al co 3 dell'art. 117 e le materie indicate dal co. 2 del medesimo articolo alle lett. l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s) possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei principi di cui all'art. 119» e dell'equilibrio di bilancio introdotto dalla l. cost. n. 1/2012. Il testo costituzionale novel-

²³ Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna si sono attivate per il riconoscimento di una autonomia differenziata, ai sensi del co. 3° dell'art. 116. Nelle prime due Regioni, il 22 ottobre 2017, si è svolto anche un referendum consultivo, al fine di rafforzare la legittimazione a trattare con il governo nazionale. Gli accordi tra Stato e Regioni sono stati firmati il 28 febbraio 2018 e ripresi, dal nuovo esecutivo, nel corso della XVIII legislatura. Cfr. MORELLI (2018, 328 ss.).

²⁴ Numerose le riflessioni sull'attuazione del regionalismo differenziato in Italia, fra gli altri: BELLETTI (2018); NICOTRA (2019); CLEMENTI (2019); IANNELLO (2019); CARAVITA (2019); AA. VV. (2019).

lato sottopone l'autonomia fiscale degli enti territoriali al rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci e afferma una responsabilità degli stessi in relazione all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea. Così, la Corte ha potuto affermare che «non è contestabile il potere del legislatore statale di imporre agli enti autonomi, per ragioni di coordinamento finanziario connesse a obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari, vincoli alle politiche di bilancio, anche se questi si traducono, inevitabilmente in limitazioni indirette all'autonomia di spesa degli enti»²⁵.

Accanto al principio di separazione delle finanze proprie dei diversi livelli di governo v'è un altro elemento indispensabile a qualunque tipo di ordinamento decentrato, sia esso federale o regionale: il principio perequativo, per rispondere all'esigenza di garantire condizioni uniformi di qualità della vita in tutto il territorio nazionale. La «perequazione delle risorse finanziarie» è stata, infatti, riservata alla potestà esclusiva dello Stato (art. 117 lett e) chiamato ad assolvere il prioritario obiettivo di determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali «che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2, lett. m Cost).

La determinazione dei livelli essenziali richiama con immediatezza il principio di eguaglianza letto in versione territoriale, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto alla salute, all'istruzione, ai servizi sociali nelle zone più depresse del Paese. Si tratta di una disposizione che coglie la necessità di superare la differenza tra Regioni ricche e Regioni povere e trova la sua giustificazione nell'esigenza di preservare il principio di unità e indivisibilità della Repubblica. È in gioco, infatti, la «tenuta» sociale del Paese in termini redistributivi, secondo il significato dell'art. 3, co. 2° dell'impegno della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale verso coloro che risiedono in aree del territorio nazionale meno sviluppate²⁶. Ciò al fine di assicurare uno standard di crescita tendenzialmente equivalente fra diverse zone del Paese per consolidare l'unità della Repubblica.

Sicché eventuali referendum consultivi, promossi a sostegno del procedimento di cui all'art. 116, co. 3°, non potranno avere a oggetto la destinazione del gettito derivante dai tributi esistenti per profilarne l'alterazione di una parte cospicua della finanza pubblica generale e indirizzarla a vantaggio esclusivo di una sola Regione e dei suoi abitanti. Si determinerebbe, infatti, uno stress dei legami di solidarietà tra la popolazione di una parte del territorio nazionale

²⁵ Così, Corte Cost., sent. n. 141 del 2016.

²⁶ Conformemente, BELLETTI (2018, 11).

e il resto della Repubblica. Si tratta di aspetti – come ha precisato la Corte²⁷ – che vanno oltre le singole manovre di bilancio e toccano alcuni profili di struttura del sistema nazionale di programmazione finanziaria, necessari ad assicurare l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento.

7. CONCLUSIONI

Al centro del referendum sull'indipendenza vi è la «pretesa territoriale», essendo l'intendimento dei separatisti rivolto a circoscrivere lo spazio di giurisdizione dello Stato, escludendo una parte di territorio e di popolazione.

Perciò, la lesione all'integrità territoriale dello Stato originario e la restrizione della sovranità di quest'ultimo costituiscono l'inevitabile conseguenza della nascita di un nuovo Stato e della ridefinizione dei confini nazionali.

Dunque, il diritto di secessione risulta espressivo del proposito dei gruppi di decidere il futuro della propria organizzazione politica e non è configurabile come attentato ai diritti inviolabili.

Anzi, il diritto di dividersi discenderebbe direttamente dal patrimonio delle comunità di scegliere il proprio destino e di autodeterminarsi.

Probabilmente, in casi come questi gli Stati democratici devono fare fino in fondo la loro parte, rintracciando all'interno dell'ordinamento strumenti differenti rispetto a quelli di carattere giuridico. Occorre, cioè, giocare la «partita» contro la secessione con tecniche di difesa su un terreno più squisitamente politico, come deterrente rispetto a forze che mirano a destabilizzare la struttura costituzionale.

Attraverso un uso «parsimonioso» degli strumenti di tipo repressivo le probabilità di affermare la vittoria dei valori costituzionali siano più elevate (Nicotra, 2017, 128 ss.).

Il carattere intrinsecamente tollerante di un ordinamento democratico ha dimostrato che l'intervento di carattere sanzionatorio costituisce la valvola di estrema salvaguardia da attivare esclusivamente quando la minaccia di un sovvertimento delle istituzioni sia seria e non altrimenti evitabile²⁸.

Fino a quella soglia, il sistema dovrà sempre tendere alla promozione della democrazia attraverso meccanismi compatibili con i suoi valori basilari. Invero,

²⁷ Così Corte Cost., sent. n. 118/2018.

²⁸ La *conventio ad excludendum* ha avuto nell'ordinamento italiano il pregio di rappresentare un punto di equilibrio tra forme estreme: l'una di democrazia pura, priva di qualsiasi rimedio contro gruppi radicalmente ostili alle istituzioni e ai suoi principi; l'altra di democrazia protetta, ove, viceversa, viene decretato lo scioglimento dei partiti c.d. «antisistema», cfr. NICOTRA (2007, 127 ss).

l'unità dello Stato pare, possedere, innanzitutto, un significato politico che riesce a conferire una particolare coloritura anche alla strategia per arginare il rischio del disegno indipendentista. L'«opzione scozzese» seguita dalle autorità britanniche, al cospetto del referendum voluto dalla Scozia, è stata apprezzata come un comportamento esemplare di democrazia (Caravale, 2014, 14) e fino ad oggi anche particolarmente accorta. Tutta un'altra storia si è svolta in Spagna. È ancora presto per capire se le ferite dello scontro tra il governo di Madrid e la Regione catalana si rimargineranno. La tattica di puntare esclusivamente sulla «giurisdizionalizzazione del conflitto» (Ferraiuolo, 2017, 10) messa in atto, nella vicenda catalana, dalle istituzioni spagnole, sia dall'esecutivo sia dai giudici costituzionali e ordinari, potrebbe, in futuro, non essere d'aiuto in un'ottica di «ricucitura» del tessuto sociale del Paese. Fa impressione pensare che una democrazia come la Spagna, con quasi mezzo secolo di vita, si sia trovata in un tale stato confusionale, tanto da giungere fino alla «soglia dello scontro armato» (Caravita, 2017, 3).

A tutto ciò si è giunti, con buone probabilità, perché al muro dell'autoreferenziale protesta populista sul versante catalano si sono opposte le rigidità altrettanto drastiche delle istituzioni di Madrid²⁹.

Il sentimento unitario si costruisce consolidando i legami identitari, a cominciare dalla salvaguardia e dalla promozione della lingua nazionale³⁰, delle tradizioni comuni quali fattori di unificazione del popolo³¹.

La democrazia, infatti, significa qualcosa di più della semplice regola di maggioranza, vuol dire costruire, con il confronto e la negoziazione, un'interdipendenza economica, sociale, politica e culturale da risaldare sulla base di valori condivisi.

Solo con questo percorso è possibile giungere alla consapevolezza che l'adesione spontanea al patto «unitivo» conviene e il «fatto rivoluzionario»

²⁹ Ancora CARAVITA (2017, 3) che ragiona sui possibili benefici che sarebbero potuti derivare nelle relazioni tra governo spagnolo e indipendentisti catalani, da soluzioni meno *tranchant* da parte del Tribunale Costituzionale; magari, attribuendo al referendum un significato consultivo e soprattutto imponendo una fase di negoziazione politica dopo l'esito della consultazione.

³⁰ La Corte Costituzionale (sent. n. 42/2017) descrive la lingua italiana come «vettore della storia e delle tradizioni proprie della comunità nazionale». Lo studio dell'italiano è, infatti, ritenuto, come uno strumento decisivo per la trasmissione del patrimonio storico e dell'identità della Repubblica. Per queste ragioni – osserva la Corte – «le legittime finalità dell'internazionalizzazione non possono ridurre la lingua italiana, all'interno dell'Università italiana, a una posizione marginale e subordinata».

³¹ La marginalizzazione dell'insegnamento del castigliano nelle scuole pubbliche della Catalogna ha portato gli studenti catalani a comprendere con difficoltà un testo scritto in lingua spagnola, come fa notare, fra gli altri, CATELANI (2018, 40), nonché le considerazioni di MASTROMARINO (2017, 10); secondo cui il sistema scolastico in Catalogna è divenuto «un formidabile strumento per operare un processo di immersione linguistica essenziale alla realizzazione del progetto di nazionalizzazione di massa» dei cittadini catalani.

della secessione potrebbe rivelarsi, in fin dei conti, contrario persino agli interessi della stessa piccola frazione che lo propugna (Nicoira, 2004).

8. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA. VV. (2019), «Regionalismo differenziato o trasformazione della forma di Stato?», in *Diritto pubblico europeo, Rassegna online*, n.1.
- BALDI, C. (2004), «Autodeterminazione», in Bobbio, Matteucci, Pasquino (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino.
- BARBERA, A.; MIGLIO, G. (1997), *Federalismo e Secessione, un dialogo*, Mondadori, Milano.
- BELLETTI, M. (2018), «Costituzione fiscale multilivello», in *Federalismi.it*, n. 7.
- BERTI, G. (1994), *La responsabilità pubblica, Costituzione e amministrazione*, Cedam, Padova.
- BILANCIA, F. (2014), «Il “derecho a decidir” catalano nel quadro della democrazia costituzionale», in *Le istituzioni del federalismo*, n. 4.
- BUCHANAN, A. (1994), *Secessione, quando e perché un paese ha il diritto di dividersi*, Mondadori, Milano.
- CARAVALE, G. (2014), «Il referendum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds», in *Federalismi.it*, n. 18.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (2006), *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Giappichelli, Torino.
- (2017), «La Catalogna di fronte all’Europa», in *Federalismi.it*, Editoriale, n. 19.
- (2019), «Un doppio binario per l’approvazione del regionalismo differenziato», in *Federalismi.it*, n. 13.
- CASSESE, S. (2017), *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano.
- CATELANI, E. (2018), «La tutela dei diritti sociali in Europa. I rischi della differenziazione», in *Federalismi.it*, n. spec. 5.
- (2019), «Ruolo delle Costituzioni fra crisi geografica e crisi della rappresentanza: un’introduzione», in *RivistaAIC.it*, n. 3.
- CERRUTI, T. (2017), «Le istanze indipendentiste nell’Unione Europea», in Pérez Miras, Teruel Lozano, Raffiotta (a cura di), *Constitución e integración europea*, Dykinson, Madrid.
- CLEMENTI, F. (2019), «L’aumento delle differenze e i contrappesi da prendere», in *IlSole24Ore*, 15 febbraio 2019.
- CONTI, G. (2018), «La Catalogna tra secessione e Costituzione», in *Diritticomparati.it*, n. 2.
- CRISAFULLI, V.; PALADIN, L.; BARTOLE, S.; BIN, R. (2008), «Commento art. 126 della Costituzione», in *Commentario breve alla Costituzione*. Cedam, Padova.
- DE OTTO PARDO, I. (1985), *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEPC, Madrid.
- DE VERGOTTINI, G. (2012), *Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova.

- DEMURO, G. (2018), «La Repubblica delle autonomie, una e indivisibile», in *Federalismi.it*, n. 7.
- DI COSIMO, G. (2018), «Popolo, Stato, sovranità», in *Diritto costituzionale*, n. 1.
- ESPOSITO, C. (1954), *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova.
- FERRAIUOLO, G. (2017), «Sovranità e territorio alla prova della crisi catalana», in *Federalismi.it*, n. 17.
- GALEOTTI, S.; PEZZINI, B. (1996), «Il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. XI, UTET, Torino.
- GALLEGO CASTAÑERA, C. (1988), *Los partidos políticos en el ordenamiento constitucional español*, UCM, Facultad de Derecho, Madrid.
- GIUFFRÉ, F. (2002), *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- (2012), *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano*, Giappichelli, Torino.
- GUARINO, G. (1984), *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Jovene, Napoli.
- IANNELLO, C. (2019), «Regionalismo differenziato: serve una legge», in *La Repubblica di Napoli*, 19 febbraio 2019.
- LATTANZI, F. (1994), «Autodeterminazione dei popoli», in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Vol. II. UTET, Torino.
- LOLLINI, A. (2006), «Alla ricerca del “nucleo forte”: indagine comparata sullo scioglimento dei partiti antisistema», in Aa. Vv., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Giappichelli, Torino.
- LONGO, E. (2018), «Il referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto dinanzi alla Corte Costituzionale», in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3.
- MANCINI, S. (1996), *Minoranze autoctone e Stato: tra composizione dei conflitti e secessione*, Giuffrè, Milano.
- MANETTI, M. (2018), «Costituzione, partecipazione democratica e populismo», in Aa. Vv. *Democrazia, oggi*, Editoriale scientifica, Napoli.
- MARAZZITA, G. (2018), «I mutamenti della sovranità tra descrizione e prescrizione», in *Federalismi.it*, n. spec. 7.
- MARSALA, P. (2014), *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione. Decentramento e diritti sociali in Italia, Germania e Spagna*, Pisa University Press, Pisa.
- MASSARI, O. (2017), «Il problema del partito politico tra scienza, politica e diritto», in *Nomos*, n. 3.
- MASTROMARINO, A. (2017), «La dichiarazione di indipendenza della Catalogna», in *OsservatorioAIC.it*, n. 3.
- MINNI, F. (2017), «Secesione y sentimiento antieuropeo: los desafíos del federalismo en Europa», in Pérez Miras, Teruel Lozano, Raffiotta (a cura di), *Costitución e integración europea*, Dykinson, Madrid.

- MORELLI, A. (2018). «Articolo 116», in Clementi, Cuocolo, Rosa, Vigevani (a cura di), *La Costituzione Italiana, Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna.
- NICOTRA, I. A. (1995), *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- (2004), «Libertà politiche e partito antisistema negli stati di democrazia occidentale», in Aa. Vv. *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli.
- (2007), *Democrazia convenzionale e partiti antisistema*, Giappichelli, Torino.
- (2012), «La Provincia e il fondamento costituzionale del diritto alla integrità territoriale delle popolazioni locali», in *Federalismi.it*, n. 23.
- (2013), «La Nuova legge organica sui partiti politici in Spagna», in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 1.
- (2019), «Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?», in *DirittiRegionali.it*, n. 1.
- PALADIN, L. (1998), *Relazione presentata al Convegno Nazionale Magistrati*, Roma.
- PEDRAZZA GORLERO, M. (1991), *Le variazioni territoriali delle Regioni*, Cedam, Padova.
- POGGESCHI, G. (1998), «Il diritto di secessione del Québec secondo la Corte Suprema del Canada», in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 6.
- (2018), *La Catalogna: dalla Nazione storica alla Repubblica immaginaria*, Editoriale scientifica, Napoli.
- POLACCHINI, F. (2016), *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna.
- ROLLA, G. (1996), «Il referendum sulla sovranità del Québec ed il futuro del Canada. Alcuni paradossi costituzionali», in *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 41, n.1.
- ROSANVALLON, P. (2017), *Pensare il populismo*, Castelveccchi, Roma.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M. (1996), «La reforma legal de los partidos políticos», in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46.
- STERPA, A. (2018), «Articolo 126», in Clementi, Cuocolo, Rosa, Vigevani (a cura di), *La Costituzione Italiana, Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna.
- TORTELLA, G. (2016), *Cataluña en España. Historia y mito*, Gadir, Madrid.
- VAGLI, G. (2014), «Spagna: l'ipotetico referendum sull'indipendenza della Catalogna», in *Forum costituzionale.it*.
- VENEZIANI, M. (1998), «*Politicando, Il caso Italia, gli anni della transizione: febbraio 1992-febbraio 1998*», Intervista a cura di E. Petralia, Marietti, Genova.
- ZANGHI, G. (1993), «Tutela delle minoranze e autodeterminazione dei popoli», in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, n. 2.

EL DERECHO DE SECESIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

GASPAR GONZÁLEZ REPRESA*
Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Principios básicos del Estado Constitucional de Derecho. 2.1 Estado Constitucional. 2.2 Estado de Derecho y principio de legalidad. 2.3 Democracia constitucional. 3. Principios territoriales fundamentales. 3.1 Principio de unidad. 3.2 Principio de soberanía. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Aun reconociendo las Resoluciones de las Naciones Unidas el derecho de autodeterminación a favor de los pueblos, la regulación que contienen las

* El presente capítulo se basa en el Trabajo Fin de Máster inédito «La autodeterminación en el sistema constitucional español», realizado en el Máster Universitario en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), en el curso académico 2016-2017, siendo dirigido por D. Ignacio González García y defendido el 29 de septiembre de 2017.

Forma parte de la investigación actualmente desarrollada en el curso de doctorado «Internazionalizzazione dei sistema giuridici e diritti fondamentali», 33.º ciclo, en la Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*, bajo la supervisión de la Profesora Daniela Bifulco, en cotutela con el programa de doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga, bajo la supervisión del Profesor Ángel Rodríguez-Vergara Díaz.

Se integra también en el Proyecto de Investigación de la DGcyT «Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios», Referencia DER2017-85659-C5-4-R.

mismas no alcanza de ningún modo aquellos supuestos de secesión en los que un ente territorial pretende independizarse del Estado matriz al que pertenece. Los casos de secesionismo en los que una colectividad que forma parte de un Estado democrático y dotado de una Constitución que respeta sus hechos diferenciales y permite su autogobierno, reclama el ejercicio del derecho de libre determinación externa, no encuentran justificación en el Derecho Internacional siendo firmemente rechazados por éste. De este modo, su reconocimiento será competencia de los respectivos ordenamientos nacionales al requerir tan trascendentales y graves procedimientos la imprescindible consideración de las exigencias jurídicas y principios fundamentales de las concretas Constituciones nacionales (Medina Ortega, 2014, 142).

Debemos preguntarnos, pues, si hay o no un proceso de secesión reconocido en nuestro ordenamiento a favor de una fracción de Estado que permita su independencia y la posterior creación de un nuevo Estado soberano. A esta cuestión responde de forma negativa una larga doctrina que destaca su ausencia en el texto constitucional (Corcuera Atienza, 2009, 335), no por mera omisión del poder constituyente, sino por voluntad expresa de descartarlo y de excluir cualquier posibilidad de segregación de una fracción territorial sin una previa reforma del texto constitucional (Ruipérez, 1995, 125). De hecho, ningún Estado Constitucional democrático en el mundo reconoce un derecho de secesión de regiones en su Norma Fundamental ni establece los trámites necesarios de un proceso secesionista y la Constitución Española, en cuyos debates previos ciertas fuerzas nacionalistas vascas exigieron el reconocimiento del pretendido derecho, no constituye una excepción a esta práctica unánime en la escena internacional.

Teniendo en consideración la falta de positivización de un derecho de secesión de partes del Estado en el texto constitucional, la cuestión objeto de estudio en el presente trabajo se centra en analizar si la secesión de una parte del Estado dirigida a la formación de una nueva entidad estatal cabría en el ordenamiento español actual o si, por el contrario, se halla implícitamente prohibida. El proceso mediante el cual una colectividad se autodetermine no podrá contradecir nunca a la Constitución o Ley Fundamental de un Estado democrático, por lo que diferenciaremos dos grandes bloques en el estudio de su encaje en el ordenamiento interno, por un lado, la articulación de la secesión respecto a los axiomas generales de nuestro Estado Constitucional y del ordenamiento jurídico y, por otro, su compatibilidad con los principios del Estado de las Autonomías.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado Español se constituye en un Estado social y democrático de Derecho en el que su Constitución cuenta con superioridad jerárquica sobre el resto del ordenamiento ocupando el lugar más alto en la pirámide normativa. De este modo, el Estado legal de Derecho deja paso al denominado Estado constitucional de Derecho, que adoptará el modelo de democracia constitucional en su sistema político y en la que presenciaremos una subordinación de la Ley frente a la Constitución. Serán las posibles contradicciones entre sus principios políticos fundamentales y el desarrollo en nuestro ordenamiento de un proceso secesionista por una fracción del Estado la cuestión a tratar en el presente epígrafe.

2.1 Estado Constitucional

Continuando con la práctica internacional casi unánime de no contar con referencias a la autodeterminación ni a un derecho de secesión ejercitable por fracciones del Estado, excepto escasos ejemplos a lo largo de la historia de Estados dudosamente constitucionales, la Constitución Española, que es en sí misma resultado de la autodeterminación ejercida por el pueblo español como sujeto soberano (Bar Cendón, 2016, 203), no recogió la posibilidad de un derecho de secesión por parte de una Comunidad Autónoma¹, lo que fue firmemente rechazado por el propio Congreso de los Diputados en la resolución aprobada el 29 de octubre de 2013 como respuesta a las pretensiones secesionistas catalanas².

Entre los motivos por los que las Constituciones prefieren guardar silencio y no incorporar un procedimiento de secesión en su articulado se encuentra como razón principal la firme intención de estabilidad y permanencia con la que se aprueba cualquier Constitución. La voluntad de perpetuidad va implícita en la elaboración de una Norma Fundamental, por lo que regular un derecho de secesión en el propio texto constitucional equivaldría a destruirlo al dotarle de un carácter temporal con un Estado cuestionado permanentemente por toda aquella entidad territorial de menor tamaño que forma parte de él y que es titu-

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 4.

² Moción consecuencia de interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, sobre propósitos del Gobierno en relación a la falacia del denominado «derecho a decidir», de 29 de octubre de 2013 (BOCG núm. 354, de 7 de noviembre de 2013).

lar de semejante derecho, circunstancia que conduciría a la Constitución a su desnaturalización (Tajadura Tejada, 2014, 213-224).

Además, la simple previsión constitucional de la secesión acarrearía problemas más graves de los que pretende solucionar, por lo que las Constituciones nacionales optan por no recoger un procedimiento de secesión cuya mera regulación podría dificultar la pretendida estabilidad de una entidad estatal cuyo futuro e integridad dependería ahora de las entidades territoriales que la conforman, quienes ostentarán, por tanto, una posición sumamente favorable para ejercer presiones estratégicas al Estado matriz. De este modo, la no incorporación constitucional de un procedimiento secesionista favorece la dinámica institucional y el funcionamiento ordenado del sistema político que se desarrollará libre de perturbaciones.

Uno de los supuestos en los que una colectividad humana cuenta con el derecho de autodeterminación para independizarse y constituir un nuevo Estado es el supuesto de la secesión-remedio. En ella tiene lugar, bien una violación a gran escala de derechos humanos, una deficiente representación de un pueblo, o bien limitaciones a sus capacidades de autogobierno, es decir, cuando se atente contra la autodeterminación en su vertiente interna. A estas colectividades perjudicadas se les otorga el ejercicio del derecho de autodeterminación, en su dimensión externa, como solución y compensación por la situación acaecida. Recientemente, con el episodio del independentismo catalán vivido durante esta última década, algunas fuerzas separatistas han reclamado el ejercicio de este derecho de acuerdo con esta teoría para así poder conformar una nueva entidad estatal propia (Keating, 1996, 143-196).

No obstante, reivindicar la titularidad de la libre determinación en un Estado constitucional democrático como el nuestro en base a esta teoría constituye un supuesto que debemos descartar, pues equivaldría a negar el carácter constitucional al Estado español. Si realmente tienen lugar dichas violaciones no nos encontramos, pues, ante un Estado constitucional en el que deberían activarse los mecanismos ordinarios de prevención y reacción por violación de derechos fundamentales, mecanismos con los que sí cuenta, en cambio, nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que en algunos momentos algunas regiones han podido sufrir una carencia de reconocimiento de sus hechos diferenciales y singularidades, pero cuando las Resoluciones de las Naciones Unidas se refirieren a los supuestos de opresión lo hacen incluyendo en tal término sucesos de clara discriminación, no comparables con demandas de secesión justificadas en meros reconocimientos políticos o simbólicos o reclamaciones fiscales o de distinto trato económico, lo que constituye una invocación excesiva de esta teoría (Tajadura Tejada, 2016, 351).

2.2 Estado de Derecho y principio de legalidad

La Constitución establece en su artículo primero el *Estado de Derecho* como modelo de Estado que adopta nuestro país, siendo su consolidación uno de los principales objetivos de la Nación Española. El Estado de Derecho, que nace vinculado al Estado liberal y a la doctrina del «imperio de la ley» como expresión de la voluntad general, tendrá como propósitos principales la defensa de los derechos de los ciudadanos y la eliminación de la arbitrariedad en los poderes públicos y, para ello, se basará esencialmente en tres postulados: el imperio de la ley, la separación de poderes y el reconocimiento de derechos y libertades fundamentales.

De los tres postulados que conforman el Estado de Derecho, será el primero de ellos, el imperio de la ley, el que cobre especial relevancia en el tema que nos ocupa. Esta fórmula requiere que la Ley sea elaborada por el órgano representativo de la voluntad del pueblo, esto es, las Cortes Generales, elegidas por sufragio universal, libre y directo, y supondrá que tanto los actos de los ciudadanos como de los poderes públicos se encuentren subordinados al cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico por medio del principio de legalidad, principio que encuentra plasmación en el artículo 9, apartado 1.º de la Norma Fundamental. El análisis de este principio, uno de los fundamentos básicos que rige nuestro ordenamiento y que hace efectiva la mencionada subordinación del poder al Derecho y la consecución de la seguridad jurídica, resultará fundamental en el presente trabajo.

Los poderes públicos, al igual que todos los ciudadanos, están supeditados al cumplimiento del ordenamiento sin poder actuar de forma arbitraria en contra o al margen de las leyes, por lo que cualquier iniciativa proveniente de un ejecutivo autonómico dirigida a la independencia de su territorio deberá velar por el pleno respeto al texto constitucional y a aquellas normas que forman el bloque de constitucionalidad. De este modo, la hipótesis de recurrir a las vías de hecho para llevar a cabo un proceso de secesión por una fracción de territorio de forma unilateral, carente de regulación alguna en la Constitución, constituye un supuesto inadmisibles para un Estado de Derecho al chocar frontalmente con el principio de legalidad.

El ejercicio fáctico de un derecho de secesión por medio de una declaración unilateral de independencia desprovista de reconocimiento constitucional, que obvie los requisitos y principios básicos del orden constitucional derivados de la pertenencia a un Estado de Derecho, no debe ser considerado una tentativa seria de secesión por aquella fracción de Estado que haga uso de ella, pues no se es titular de un derecho por el mero hecho de proclamarse como tal

en este tipo de declaraciones (Laínz, 2006, 667-725). Por ello, considerando las dificultades que las demandas secesionistas siempre van a tener para prosperar en un sistema democrático, únicamente aquellos procesos a favor de la secesión que se desarrollen respetando el principio de legalidad contarán con más garantías de ser culminados exitosamente, lo que conllevaría irremediablemente el acuerdo con el ente estatal del que pretende separarse (López Basaguren, 2016, 181-182). Cualquier intento de secesión por medio de una declaración unilateral de independencia que infrinja el mencionado principio conduciría a la pérdida de legitimidad de esta opción y, por tanto, al fracaso.

Sin embargo, la legalidad no puede ser la eterna trinchera de aquellos que pretenden frenar los movimientos secesionistas debido a la necesidad de legitimidad con la que ésta también debe contar. Un reclamo mayoritario y constante de la población de un territorio a lo largo del tiempo que se ejerza con respeto al principio de legalidad no sólo dotará de la necesaria legitimidad a la opción secesionista, sino que también hará perder legitimidad a la legalidad con la que se pretende obstaculizar el independentismo. De este modo, la legitimidad democrática del independentismo se alza como el principal enemigo de la legalidad y de aquellos que la invocan, así como el cauce más razonable para las pretensiones independentistas, siempre que se desarrollen de conformidad con el ordenamiento jurídico. Nos ocuparemos de ello igualmente en el siguiente epígrafe.

2.3 Democracia constitucional

En las últimas décadas se ha evidenciado una tendencia a adoptar el principio de democracia como justificación de los procesos de secesión en sustitución del principio de nacionalidades (Payero López, 2013, 36-42). Fruto de esta tendencia, cualquier grupo de individuos debería tener derecho a conformar un nuevo Estado independiente si la mayoría de éstos así lo desean, siempre que cuenten con capacidad para ello. Una mayoría clara de ciudadanos a favor de la secesión otorgaría legitimidad democrática al hipotético procedimiento y debería llevar a los actores políticos, guiados por los principios constitucionales, a acometer negociaciones en busca de un nuevo acuerdo que sea respetuoso con esa voluntad democráticamente expresada.

De este modo, el sistema constitucional será el instrumento propicio para desarrollar el principio democrático en un Estado y, dentro de los valores de éste, donde sea factible la plasmación de un derecho de secesión ejercitable por fracciones del Estado en un Estado Constitucional. El principio democrá-

tico legitima y racionaliza el ejercicio del poder por parte del Estado, por lo que éste no podrá recurrir a la fuerza de forma arbitraria para reprimir movimientos secesionistas que nazcan en su seno, siendo los instrumentos democráticos recogidos en el texto constitucional los más propicios para encontrarles una solución.

La secesión territorial constituye una voluntad política que encuentra amparo en nuestro sistema de democracia constitucional, puesto que expresar o promover este tipo de proyecto político no implica de por sí vulneraciones a la Constitución, lo que supone que no pueda constituir objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional y que los partidos independentistas sean lícitos dentro de nuestro sistema. La Norma Fundamental adopta un modelo de democracia «no militante», lo que conlleva el respeto a la simple expresión de cualquier idea o la consecución de objetivos políticos como la secesión de una región que no coincidan con el actual marco constitucional, siempre que su alcance no exceda el plano político y no se lleve a cabo una vulneración constitucional en términos estrictamente jurídicos³.

En los últimos años, diversos factores han supuesto el debilitamiento de la legitimación del Estado autonómico y, por consiguiente, de la democracia constitucional en el Estado Español. Entre ellos, se encuentran los agitados debates intelectuales suscitados en torno a la figura del derecho de secesión y su conformidad con la propia democracia constitucional. En relación con este aspecto, tal y como ha destacado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 31/2010, resultaría improcedente invocar de forma aislada un principio constitucional, el de democracia, que nos conduzca a conclusiones contrarias u opuestas a numerosos preceptos y principios de la Constitución. La democracia nunca podrá ejercerse al margen del Derecho, por lo que carecerán de legitimidad todas aquellas conductas que incumplan la ley justificando su fundamento democrático como simple aval (Aragón Reyes, 2014, 20).

No obstante, las dudas sobre si la simple alusión a este principio justificaría un proceso independentista, protagonizan un intenso debate entre la doctrina. Respecto a la posibilidad de invocar el derecho de autodeterminación, debe tenerse en cuenta el recorrido evolutivo que este ha experimentado, ejerciéndose en un primer momento en casos de colonialismo, a continuación, en procesos guiados por diferencias étnicas o religiosas respecto a la mayoría nacional del Estado originario y, recientemente, en procesos independentistas de pueblos oprimidos o que han sufrido violaciones de Derechos Humanos. Los recelos en torno a la suficiencia de un fundamento democrático como sim-

³ Sentencias del Tribunal Constitucional 31/2009, de 29 de enero, FJ 13; y 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4.

ple argumentación alegada son inevitables al constituir una justificación más débil que la esgrimida en épocas anteriores, evidenciando la incapacidad del principio democrático para amparar el ejercicio del derecho de autodeterminación en su vertiente externa por una colectividad.

Por este motivo, en los últimos años algunos movimientos independentistas han rechazado utilizar el derecho de autodeterminación para justificar sus pretensiones secesionistas ante la posibilidad de que los presupuestos necesarios para su ejercicio no fuesen satisfechos, optando por argumentar dichas pretensiones en base al llamado *derecho a decidir* y al principio democrático⁴. Debemos preguntarnos si un fenómeno secesionista podría fraguarse en base a este derecho, si el ejercicio de este podría abarcar la independencia de una región del Estado español para la creación de un nuevo Estado soberano. No obstante, su reconocimiento en el Derecho Internacional, en el Derecho de la Unión Europea o en el Derecho interno es inexistente, por lo que genera dudas en torno a su capacidad para cambiar el estado político de una región a través de su ejercicio en un sistema de democracia constitucional, a pesar de que el Alto Tribunal recurriese al uso de este concepto en la Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, por ser los términos utilizados por la Ley 9/2008 del Parlamento Vasco.

3. PRINCIPIOS TERRITORIALES FUNDAMENTALES

Con la creación del Estado de las Autonomías por la Constitución de 1978, el constituyente otorga a España un marcado carácter descentralizado e intenta dar respuesta a la realidad de los nacionalismos existentes en el territorio nacional asumiendo su necesaria concreción jurídico-política en un modelo asimétrico. En aras de que este modelo territorial contase durante la Transición Española con un amplio apoyo político, su regulación en el texto constitucional pecó de indeterminada y ambigua esbozando únicamente algunos elementos esenciales cuyo desarrollo y concreción recayeron en los Estatutos de Autonomía y en el Tribunal Constitucional. A pesar del mayoritario reconocimiento y las escasas suspicacias en torno a los beneficios políticos, económicos y sociales aportados por este modelo durante sus primeras décadas de vida, en los últimos años se han hecho patentes numerosas debilidades

⁴ La Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir el pueblo de Cataluña.

y defectos de los que el Estado Autonómico adolece y que urgen una inminente solución.

El vital objetivo de integrar los nacionalismos periféricos que el constituyente pretendía acometer puede considerarse actualmente un evidente fracaso a la luz de las experiencias vascas y catalanas y sus pretensiones secesionistas. Los partidos nacionalistas de estas Comunidades han sostenido que el actual modelo territorial propicia una insatisfactoria integración de sus regiones en el Estado español, lo que ha llevado a sus fuerzas políticas y a sus ciudadanos a respaldar en gran medida la opción secesionista y la conformación de un nuevo Estado independiente (Albertí Rovira, 2016, 248-251). Esta malograda meta del constituyente pone en dudas la legitimación del propio modelo territorial cuya escasa utilidad para la integración política es ya de una gravedad incuestionable y se postula como una seria amenaza para su continuidad.

Además, la crisis financiera que ha acuciado a nuestro país recientemente y las medidas adoptadas para mitigarla han conducido a un nuevo proceso de recentralización marcado por un incremento de las competencias estatales en detrimento de las autonómicas. La urgente estabilidad presupuestaria perseguida por el Gobierno ha conllevado irremediamente un fortalecimiento de los poderes del Estado y esta tendencia, a su vez, ha intensificado las mencionadas pretensiones separatistas en Cataluña. Los nacionalismos reivindican ahora el ejercicio de un proceso secesionista, el cual necesariamente deberá ser contemplado según las «bases constitucionales» del Estado autonómico para esclarecer sus posibles contradicciones con éste, de lo que nos ocuparemos concretamente en el presente apartado.

3.1 Principio de unidad

Conservar la unidad nacional es un objetivo primordial de cualquier Estado. Aquellas entidades estatales que cuenten con un desarrollo similar entre sus distintas regiones o una gran homogeneidad cultural tendrán menos dificultades para cumplir con su cometido. Sin embargo, en aquellas otras en las que tengan lugar grandes desigualdades en el desarrollo económico o multitud de singularidades culturales entre sus territorios, la cuestión se tornará más compleja. En estos supuestos, resultará del todo necesario promover un equilibrio justo entre esa pretendida unidad del Estado y el respeto y preservación de las idiosincrasias culturales y lingüísticas de cada territorio, lo que representará un importante desafío para el poder constituyente, como lo supuso ya para el constituyente español.

Tras el reconocimiento del principio de integridad territorial de los Estados por las Resoluciones de las Naciones Unidas, el constituyente español formaliza su presencia en el artículo 2 del texto en el que la unidad nacional parte como fundamento mismo de la Norma Suprema y del Estado, y en el que la Nación Española se constituye como patria común indisoluble e indivisible del conjunto del pueblo español sin perjuicio de reconocerse el Estado Autónomo en el mismo artículo y el derecho a la autonomía de todas las regiones y nacionalidades que integran España. La secesión por parte de una fracción de Estado contradice la unidad nacional y el objetivo de preservación del Estado al que toda Constitución aspira (Sanz Moreno, 2017, 70), la cual garantiza la indisolubilidad de la Nación y la integridad territorial del Estado español. La nación precede a la Constitución, no siendo resultado de ésta sino presupuesto, por lo que la Norma Fundamental perdería su base si disuelve aquella comunidad en la que se apoya (Aragón Reyes, 2014, 18).

La integridad territorial parte de la existencia de una única nación española que será titular del poder constituyente y, por tanto, de la potestad soberana. Por ello, el texto constitucional no reconoce el carácter plurinacional al Estado español, puesto que la definición de nación sólo puede ostentarla aquella comunidad titular de la soberanía, aunque sí reconoce la existencia de nacionalidades, término que no debe confundirse o identificarse con el de nación y que nunca podrá ostentar cualidades soberanas. De este modo, la unidad de soberanía conduce igualmente a reconocer la unidad de la nación, constituyéndose ambas en principios básicos contrarios al desarrollo de un fenómeno secesionista.

La jurisprudencia constitucional desarrollada en las décadas posteriores reitera la redacción del texto constitucional y otorga prioridad a la unidad estatal frente al derecho a la autonomía, de la misma forma que la integridad territorial la ostenta frente a la autodeterminación de los pueblos en el ámbito internacional⁵, poseyendo el Estado una posición de superioridad o primacía frente a todas las Comunidades Autónomas no pudiendo oponerse en ningún caso el principio de autonomía frente al de unidad, pues será dentro de éste donde se integre y se desarrolle⁶. De este modo, el derecho de autonomía política recogido en la Constitución Española se erige como un derecho de acceso al autogobierno para asumir una dirección política propia y para la gestión

⁵ Exceptuando los supuestos de secesión-remedio, el último estadio de evolución del derecho de autodeterminación. En estos casos, el ejercicio de este derecho en su vertiente externa prevalece sobre el respeto al principio de integridad territorial.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4.

de los intereses territoriales, pero que se encontrará sustancialmente limitado por la proclamación del principio de unidad.

3.2 Principio de soberanía

La soberanía constituye, en su vertiente interna, el poder supremo dentro del Estado que le dotará a éste de un orden jurídico y político y, en su vertiente externa, un poder independiente en sus relaciones con otros países que se desarrollarán bajo unas condiciones de igualdad jurídica conformando, por tanto, una autoridad final y absoluta en la comunidad política (De Blas Guerrero, 1988, 147). El proceso por el cual una fracción de Estado se secesiona y crea posteriormente una nueva entidad estatal independiente constituye una revisión o redefinición del orden constituido al plantear una nueva relación entre una Comunidad Autónoma y el Estado Español, por lo que inevitablemente afectará al conjunto de los ciudadanos españoles y requerirá el ejercicio de la potestad soberana⁷, pues es ésta la única que puede decidir sobre cuestiones resueltas en el proceso constituyente como lo es un cambio en la relación entre estos dos entes territoriales.

Tanto la Constitución Española en su artículo primero, apartado segundo, como la jurisprudencia constitucional, reconocen la titularidad de la soberanía nacional del pueblo español en su conjunto, del cual emanarán todos los poderes del Estado⁸. El propio Tribunal Constitucional realizó una aproximación al concepto de soberanía que se adopta en nuestro ordenamiento, señalando que la titularidad de la soberanía es equiparable a ostentar el derecho a la autodeterminación y que, por medio de éste, el pueblo español continúa siendo capaz de expresar la voluntad soberana. La soberanía no constituye un pacto entre entes territoriales históricos que otorgue derechos anteriores a la Constitución, sino más bien una norma del poder constituyente con fuerza vinculante incluyéndose en ella situaciones históricas anteriores⁹.

De este modo, aquel sujeto que ostente la soberanía nacional de forma exclusiva e indivisible, el pueblo español entendido de forma unitaria, será el único que pueda disponer de la propia nación, sin ostentar semejante cualidad una fracción de mismo o pueblos pertenecientes al Estado Español de forma separada, por lo que el artículo 1, apartado 2.º puede considerarse igualmente

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4. Dictamen 1119/2008 del Consejo de Estado sobre la Ley 9/2008 del Parlamento Vasco, de 27 de junio.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, FJ 8, 9 y 11.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1988, de 26 de abril, FJ 3.

una manifestación del principio de unidad e integridad territorial ¹⁰ (Fondevilla Maron, 2014, 587-606). Considerar a las Comunidades Autónomas titulares de soberanía al igual que el Estado, en una especie de soberanía autonómica reconocida junta a la nacional, será rechazado por el propio Tribunal Constitucional que las dotará únicamente de autonomía y que propugnará junto a la unidad de Estado, la unidad de soberanía ¹¹. Por consiguiente, nuestra Constitución no permite la secesión de una parte del territorio nacional por la sola y exclusiva voluntad de éste, puesto que las decisiones sobre la soberanía incumben exclusivamente al poder constituyente, esto es, al pueblo español en su conjunto, y nunca a los poderes constituidos, en este caso, las Comunidades Autónomas, incapacitados para dividir aquello que la Constitución ha proclamado indivisible y de pronunciarse, por tanto, sobre su pertenencia al conjunto de la nación de forma unilateral ¹².

Solamente el poder constituyente, el pueblo español en su conjunto, será el único sujeto capaz de autodeterminar su configuración política al contar con potestad soberana, por lo que el pueblo de una Comunidad Autónoma al carecer de ésta, estará impedido para autodeterminarse y decidir sobre una modificación del orden constituido por el simple ejercicio de la autonomía que, como ya ha expresado en varias ocasiones el Alto Tribunal, ostenta un alcance bien diferenciado al del término soberanía ¹³. Para que un sujeto diferente al pueblo español estuviese capacitado para llevar a cabo dicha modificación, debería reconocérsele del mismo modo el carácter soberano al igual que al pueblo español en su conjunto, que es el único capaz de decidir legítimamente sobre su propia fragmentación y la creación de un nuevo sujeto soberano, lo que requeriría una profunda reforma del texto constitucional (Tajadura Tejada, 2014, 212).

4. CONCLUSIONES

Primera. Al no ser viables, por tanto, las declaraciones unilaterales de independencia en nuestro sistema constitucional, la opción por la que debemos

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 42/2014, FJ 4.

¹¹ El Tribunal Constitucional negará en la Sentencia 103/2008, FJ 4, la creación de un nuevo sujeto soberano (el Pueblo Vasco) independiente de la soberanía nacional por medio de la Ley del Parlamento Vasco 9/2008.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional 103/2008, FJ 4; y 31/2010, FJ 12. Moción consecuencia de interpelación urgente presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, de 29 de octubre de 2013, «Nunca una parte de la ciudadanía puede decidir sobre la organización territorial del Estado», (MEDINA ORTEGA, 2014, 193-198).

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, FJ 4.

optar es la de la secesión consensual, método democrático basado en el diálogo y las negociaciones y que sustituiría a dicha unilateralidad. De este modo, la solución de este conflicto territorial entra de lleno en el terreno político, debiendo desarrollarse siempre ésta, no obstante, conforme a la legalidad constitucional vigente. Tomando en consideración las posturas de las fuerzas políticas con más representación en nuestro país respecto a esta cuestión, resulta difícil de imaginar la consecución de un consenso en torno a la constitucionalización del derecho de secesión.

Segunda. Las reivindicaciones para proceder a la independencia de una fracción de Estado implica una confrontación entre el principio de legalidad y la legitimidad democrática que esta opción puede llegar a contar. El análisis de la correlación entre ambos resultará del todo necesario para desarrollar una solución constitucional satisfactoria. El respeto a la legalidad será la vía ineludible para la expresión de una voluntad democrática, pero el excesivo atrincheramiento en la misma frente a un movimiento secesionista cargado de legitimidad democrática hará inevitable que ésta pierda legitimidad.

Tercera. En cualquier negociación, consulta o votación parlamentaria sobre la secesión de una fracción de Estado, se requerirán mayorías altamente calificadas para continuar con el desarrollo de un proceso independentista. La secesión de una fracción de Estado sin unas grandes mayorías conllevaría graves problemas de cohesión interna, lo que originaría crispaciones sociales en la nueva entidad estatal e inestabilidad política.

Cuarta. El principio democrático puede ser la vía por la que se proceda a la secesión de una región del Estado matriz. Sin embargo, invocar dicho principio para justificar o fundamentar la secesión puede ocasionar dudas en torno a la suficiencia de dicho argumento para quebrantar la integridad territorial del Estado. El ejercicio del derecho de autodeterminación fue reivindicado, en primer lugar, en situaciones de dominio colonial. Más tarde, por etnias y, tras ello, en situaciones de graves vulneraciones de derechos humanos, genocidios y limitaciones de las facultades de autogobierno. Comparado con estos supuestos, invocar el principio democrático de forma aislada resulta un argumento insuficiente.

Quinta. Será necesario encontrar un equilibrio entre el atrincheramiento en la legalidad y la voluntad de conseguir un satisfactorio acomodamiento de las expectativas de las minorías existentes en el Estado. Recurrir insistentemente a la legalidad puede resultar ser menos aconsejable que acceder a analizar la opinión de la colectividad humana en torno a continuar o no con la convivencia común actual, es decir, buscar el necesario equilibrio entre el gobierno de las mayorías y el respeto de las minorías. La imposición de la lega-

lidad en contra de esa minoría no garantizará su legitimidad, puesto que el reto no desaparece, sino que sólo se reprime.

Sexta. La nación es titular del poder constituyente y, consiguientemente, de la potestad soberana. Por lo tanto, sólo será soberana aquella comunidad que sea nación, de tal modo que si reconocemos la unidad de nación debemos reconocer igualmente la unidad de soberanía en el Estado Español. Hay sólo un sujeto soberano, el pueblo español en su conjunto. Este es titular de forma exclusiva de la potestad soberana y del poder constituyente, por lo que será el único que pueda disponer de la propia nación y de autodeterminar su configuración política. De este modo, debemos rechazar semejante cualidad a fracciones o partes del pueblo español, o la posibilidad de que una Comunidad Autónoma ostente la mencionada potestad soberana, la cual únicamente dispone de autonomía.

Séptima. La secesión de una fracción de Estado y posterior creación de una nueva entidad estatal independiente supone una redefinición del orden constituido al constituir una nueva relación entre el Estado Español y la correspondiente Comunidad Autónoma. Para ello, será imprescindible el ejercicio de la potestad soberana, la única que puede decidir sobre cuestiones resueltas en el proceso constituyente. Al carecer el pueblo de una Comunidad Autónoma de dicha potestad, no podrá decidir sobre modificaciones del orden constituido como representa la mencionada circunstancia.

Por tanto, nuestra Constitución no permite la secesión de una parte del territorio nacional por la exclusiva voluntad de éste, pues las decisiones sobre la soberanía incumben exclusivamente al poder constituyente, esto es, al pueblo español, y nunca a los poderes constituidos, en este caso, una Comunidad Autónoma. Para que un nuevo sujeto pueda llevar a cabo una modificación de este tipo deberá serle reconocido potestad soberana por el pueblo español, titular exclusivo de la misma y, consiguientemente, el único capaz de decidir sobre la creación de un nuevo sujeto soberano, al ser también una cuestión resuelta en el proceso constituyente.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTÍ ROVIRA, E. (2016), «La reforma constitucional y el futuro del Estado Autónomo. En especial, el problema constitucional planteado en Catalunya», en Tudela Aranda, J. (Coord.), *La organización territorial del Estado, hoy*, Actas del XIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Tirant lo Blanch, págs. 248-265.

- ARAGÓN REYES, M. (2014), «Problemas del Estado Autonómico», *Asamblea*, 31, págs. 13-34.
- BAR CENDÓN, A. (2016), «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, págs. 187-220.
- CASTELLÀ ANDREU, J. M. (2014), «Derecho a decidir, secesión y formas de democracia», en Capuccio, L.; Corretja Torrens, M. (Ed.), *El derecho a decidir. Un diálogo italo-catalán*, Institut d'Estudis Autònoms, págs. 33-52.
- CORCUERA ATIENZA, J. (2009), «Los límites del “derecho a decidir” (Comentario de la STC 103/2008): Soberanía y autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, págs. 303-341.
- DE BLAS GUERRERO, A. (2014), «Sobre el principio de las nacionalidades», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, págs. 55-66.
- FONDEVILLA MARON, M. (2014), «Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de marzo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, págs. 587-606.
- KEATING, M. (1996), *Naciones contra el Estado. El nacionalismo de Cataluña, Quebec y Escocia*, Ariel, Barcelona.
- LAÍNIZ, J. (2006), *Adiós, España*, Ediciones Encuentro, Madrid.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2016), «Demanda de secesión en Cataluña y sistema democrático. El *procés* a la luz de la experiencia comparada», *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, págs. 163-185.
- MEDINA ORTEGA, M. (2014), *Derecho de secesión en la UE*, Marcial Pons, Madrid.
- PAYERO LÓPEZ, L. (2013), «Catalunya y el derecho de autodeterminación», en Carvalho Leal, V. (Ed.), *El derecho y sus razones*, Bubok Editorial, págs. 35-43.
- SANZ MORENO, J. A. (2017), «Ciudadanía, identidades nacionales, inmigración y respuesta democrática», *Revista De Cive*, págs. 61-74.
- TAJADURA TEJADA, J. (2014), «El derecho a decidir, el Estado de Derecho y la democracia», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *La autodeterminación a debate*, Editorial Pablo Iglesias, págs. 213-224.
- (2016), «Los procesos secesionistas y el Derecho europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 37, págs. 347-379.

EL LLAMADO «HECHO REGIONAL», ÓPTICA COMPARATIVA EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948 Y LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

MARÍA MARTÍNEZ GARCÍA
Universitat Oberta de Catalunya

SUMARIO: 1. Introducción: Regionalismo, democracia y procesos constituyentes. 2. Contexto histórico en el que surge el regionalismo europeo. 3. Las referencias a las regiones y a las comunidades autónomas en las Constituciones italiana del 48 y española del 78. 4. Actualidad: El referéndum de 2016 en Italia y los nacionalismos en España. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN: REGIONALISMO, DEMOCRACIA Y PROCESOS CONSTITUYENTES

Las regiones son entes políticos con una función de representación directa del territorio, que instrumentalizan la participación de la comunidad en la esfera pública. Su papel en democracia es vital «por su carácter mediador por excelencia, entre el estado central y las autonomías inferiores» (Carida, 2018, 68). Estas características, que responden a la necesidad de reconocimiento de la pluralidad de los pueblos y su derecho a la autoidentificación, son a su vez nociones inherentes al concepto de democracia. Piénsese que no es casualidad que en dos Estados europeos la transición a la democracia coincida con el comienzo –en términos amplios– del proceso de regionalización: La Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978 (D’Atena, 2016, 86).

En España el periodo franquista representó una involución en el terreno constitucional, precisamente por la falta de «legitimidad democrática del Gobierno» pero también debido a la regresión en los derechos y libertades ciudadanas. Además, el marcado carácter centralista del régimen, propició la eliminación absoluta de todo elemento descentralizador, como la prohibición del uso de las lenguas oficiales. Por ello la Transición se centra en recuperar los Derechos Fundamentales, la separación de poderes y en rediseñar el modelo territorial.

«La descentralización es un objetivo clave en nuestro proceso constituyente» (Díaz Revorio, 2014, 104-105).

Por otra parte, la Carta Magna representa un instrumento imprescindible para los estados descentralizados a diferencia de los estados federales. Esto es así porque, mientras que aquellos estados proceden de una nación soberana anterior y centralizada, que en su desarrollo histórico ha atendido la demanda de autonomía de sus territorios; el proceso que siguen los estados federales es el inverso, caracterizado por un movimiento centrípeto. Es decir, son naciones preexistentes que «no necesitan ser “constituidas” por la Constitución, sino que se asocian por razones culturales, históricas, sociales etc.» (D’Atena, 2016, 194-195).

2. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL QUE SURGE EL REGIONALISMO EUROPEO

Desde sus orígenes, los Estados europeos han tendido a adoptar estructuras territoriales de tipo centralizado, a razón de lo cual tradicionalmente no se mostraban receptivos a la hora de considerar las diferentes sensibilidades del universo autonómico (Messina, 2016, 59).

Este modelo territorial se reafirmó en Europa a partir de la revolución francesa que toma su centro gravitacional en el principio de unidad del estado. Dicho principio enunciado por primera vez en la Constitución de 1791, influencia todo el constitucionalismo francés posterior. Durante este periodo el estado se configuró como un «organismo monolítico, cuyo cerebro era la capital» (D’Atena, 2016, 85-86). En él, los representantes locales eran considerados meros ejecutores de las directrices del Gobierno central. La explicación teleológica a dicha estructura centralizada residía en que «el pueblo, como entidad unitaria era técnicamente la única entidad representable».

El concepto de unidad nacional se extrapolaba de tal manera que, en la Francia de principios de 1900, cuando un parlamentario requería el turno de palabra en nombre propio o de su partido venía amonestado por el Presidente

de la Asamblea que le recordaba su cualidad de representante de toda la nación y lo invitaba a redimensionar su exposición (D'Atena, 2016, 87).

Sin embargo, en éste mismo periodo – inicio del S. XIX – se asiste en varias partes del continente a una profunda reflexión acerca del modelo clásico de estado centralizado. Las tensiones regionalistas afloran de manera inexorable y es por ello que con mayor o menor repercusión el regionalismo «modifica el mapa geopolítico europeo, llevando al reconocimiento de nuevos niveles territoriales de gobierno inspirados en la descentralización político-administrativa» (Messina, 2016, 65). El sentir social también despierta la reflexión de ilustres contemporáneos, teóricos del estado como Weber, Schmitt o Häberle quien interpreta el regionalismo como un elemento característico del estado constitucional.

Sucesivamente a la cuestión de la autoidentificación ciudadana se presenta el problema de su plasmación concreta en la estructura territorial nacional.

En este proceso de reconocimiento del hecho regional, Italia y España no han seguido una evolución equivalente, si bien la influencia mutua y el paralelismo de ciertas etapas es incontestable.

En el contexto histórico de la Italia de la Unificación, cuyo impulso fue precisamente el nacionalismo y los valores patrióticos, carecía de gran repercusión el principio de autonomía. Es por ello que, concentrados los esfuerzos en proclamar la creación del nuevo Estado, las primeras referencias a las regiones fueron escasas e intermitentes durante el s. XIX. En esta etapa, los entes territoriales locales se configuraban como apéndices del Gobierno central, llamados a ejercer un papel meramente administrativo. A título ejemplificativo el proyecto del Ministro Menghetti del primer gobierno de Cavour sobre la creación de un convenio interprovincial dirigido por un gobernador y una asamblea de consejeros de representación local.

Tras la caída del fascismo y el nacimiento del ordenamiento republicano (Rolla, 2004, 184), surgen de nuevo con la Constitución del 48, las aspiraciones regionalistas. En este punto se hace necesario apuntar que la jovencísima nación italiana probablemente se enriqueció a la hora de elaborar su Carta Magna, de la experiencia constitucional de los países de su entorno, especialmente España y Alemania.

La Constitución española de la Segunda República es la que inspira en mayor medida a la Constitución italiana (en adelante CI) en cuanto a distribución territorial. La Constitución de 1931 instauraba las regiones a partir del reconocimiento institucional *in primis* de los territorios con rasgos diferenciadores históricos, culturales y lingüísticos (art 11. CE de 1931). Esta estructura es la que va a adoptar Italia en la primera fase de su regionalismo, denominada

del «regionalismo especial» configurado en torno a las regiones con autonomía especial a las cuales les fueron reconocidas competencias autonómicas especiales con el fin de calmar los ánimos separatistas (D'Atena, 2016, 85-86).

Significaba esto que el proceso de regionalización habría podido interesar efectivamente, tan solo a una parte del territorio (D'Atena, 2016, 85-86).

Pero a diferencia del constituyente español del 31, Italia decidió reconocer tanto las entidades de autonomía especial como un estatuto ordinario para el resto de regiones.

La autonomía especial viene concedida por Asamblea Constituyente, mediante cuatro *Leggi costituzionali* (L. de 26 de febrero n. 2, 3, 4 y 5) a las regiones Cerdeña, Sicilia, Trentino Alto Adige y Valle D'Aosta. Una *Legge costituzionale* posterior, de 31 de enero de 1963 incorporó el Friuli Venezia Giulia a estas regiones con una forma particular de autonomía.

Por lo que respecta a España, solo sucesivamente a la Guerra Civil, superada la Dictadura franquista, la Constitución del 78 opta por replicar el modelo desarrollado previamente en Italia (y a su vez era de inspiración española). Esta clasificación en regiones de estatuto especial y regiones de estatuto ordinario, a lo largo de la experiencia del regionalismo dará lugar a la célebre cita del «café para todos».

«Dicha determinación deja entrever que el objetivo perseguido con la incorporación de regiones de autonomía ordinaria no fue únicamente reconocer a estos territorios una cierta autonomía sino sobre todo aligerar la carga de competencias del Estado» (D'Atena, 2016, 200). Resulta claro que solo la técnica aplicada de manera homogénea en todo el territorio conseguiría realmente liberar de competencias al ejecutivo central.

3. LAS REFERENCIAS A LAS REGIONES Y A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS CONSTITUCIONES ITALIANA DEL 48 Y ESPAÑOLA DEL 78

El modelo escogido en la actual CE en cuanto al procedimiento idóneo a constituir las CCAA, fue interpretada por estudiosos italianos (v.gr. D'Atena, 2016, 89) como la opción de la regionalización espontánea, ya que favorecía la autodeterminación surgida desde abajo, desde el substrato social. Se encuentra esto un punto relevante y característico respecto al modelo italiano «llamado a establecer las regiones desde arriba» (Fogliame, 2016, 113) es decir, de manera preestablecida, artificiosa e impuesta directamente por el Gobierno central.

Sin embargo, la realidad es que esa apreciada espontaneidad característica de tan amplia configuración no fue una elección conscientemente y premeditada pues, profundizando en el texto constitucional quizás se llegue a la conclusión de que se trataría ni más ni menos del resultado de la tesitura política del momento.

Ilustra esta discrepancia con la doctrina italiana (Díaz Revorio, 2014, 104-105) al afirmar que «la descentralización aparece así, como un objetivo que tuvo en nuestro proceso constituyente tanto consenso como la necesidad de establecer un régimen democrático basado en los Derechos Humanos. La diferencia estaba probablemente en que, en el asunto de la descentralización, los puntos de acuerdo entre las distintas fuerzas políticas eran mucho menores [...], el resultado fue que el nivel de apertura del diseño constitucional fue muy diferente en los distintos aspectos de la norma fundamental [...], en el ámbito de la distribución territorial del poder, el modelo quedó mucho más abierto».

De ello se deriva que el actual «modelo autonómico español se caracteriza por el principio de indefinición consciente por parte del constituyente, es decir es un modelo cuya configuración no se produce en un acto único sino a lo largo de todo un proceso que quizás nunca pueda considerarse cerrado» (Álvarez Conde, 1992, 196).

El derecho a la autonomía viene efectivamente reconocido en los artículos 137 y 2 de la Constitución española (en adelante CE) a las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes y los territorios insulares, pudiendo éstos optar al autogobierno y a constituirse en comunidades autónomas (en adelante CCAA) con arreglo a lo previsto en el Título VIII y en sus respectivos Estatutos.

Este derecho como proyección de su modelo territorial abierto, está subordinado a la consideración de ciertos límites categóricos tales como el que establece el art 145.1 CE sobre la inadmisibilidad de la federación de las CCAA o el que versa el art 2 CE sobre «la indisoluble unidad de la nación española». Por tanto, esencialmente para la CE la opción autonómica es exclusivamente un derecho, que ni obliga ni garantiza su eventual ejercicio.

La Transición como punto de inflexión en la historia de España, a pesar de las décadas de diferencia, casi podría considerarse un fidedigno reflejo de las circunstancias que enmarcaron el nacimiento de la CI del 48. Tras las elecciones sucesivas a la II Guerra Mundial en Italia se dibujó un panorama de fuerzas políticas muy similar al de la España de la Transición, que además se mantuvo inalterado durante varios años.

Los acuerdos alcanzados en aquel momento respondían a la necesidad de alcanzar una gran coalición política que garantizara la estabilidad suficiente

para hacer posible el pacto constitucional. Sin embargo, en dicho pacto fundacional uno de los puntos débiles fue sin duda la «búsqueda del consenso de las fuerzas políticas exclusivamente de ámbito central, fruto de una lógica centralista» (Ceccanti, 2016, 36-37), sin tener en cuenta al resto del territorio. No obstante, esto no se consideró ni siquiera en un primer momento un error técnico sino de nuevo más bien una decisión deliberada y consciente, basada en las circunstancias sociopolíticas. Muy ilustrativas fueron las declaraciones que pronunció al respecto el Presidente Napolitano pocos meses antes de ser elegido: «los padres constituyentes vieron muy lúcidamente todos los problemas que se presentaban, al igual que también fueron conscientes de la imposibilidad de hacerles frente en ese momento».

En cuanto al enunciado final, la CE menciona a las CCAA de forma abstracta en su art. 137 como sigue: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses»; es decir, encomendando su posterior concreción, división geográfica, denominación... a los Estatutos de Autonomía que las configuraron entre 1978 y 1981.

Esto resulta una diferencia significativa respecto a la formulación que adopta la CI de 1948 que en su artículo 131, que sí opta por nombrar explícitamente las veinte regiones que componen el Estado italiano y el diferente estatuto jurídico de cinco de ellas.

La disparidad en las referencias podría atribuirse además al hecho de que en Italia el debate sobre las autonomías (el debate sobre el regionalismo) se centró históricamente no tanto en la cuestión de la división territorial sino de forma más insistente en «el quantum de autonomía» (Ruotolo, 2014, 500) o grado de competencias atribuidas. En España la primera cuestión, no solo no ha quedado aún resuelta satisfactoriamente, sino que es una problemática recurrente que se remonta al mismo instante de la promulgación de la CE.

4. ACTUALIDAD: EL REFERÉNDUM DE 2016 EN ITALIA Y LOS NACIONALISMOS EN ESPAÑA

Como se mencionaba anteriormente, los padres de la Constitución, en Italia y España no fueron ajenos a los problemas que desplegaría la configuración que estaban dando al texto constitucional en cuanto al modelo territorial. Desde que fueron promulgadas ambas Constituciones no han faltado intentos (la mayoría infructuosos, debido a que los ejecutivos rara vez han contado con las mayorías necesarias para sacar adelante una reforma constitucional) de

resolver dichos problemas. En Italia la *Legge costituzionale* n. 3/2001 representó un importante punto de inflexión; «llamada a superar cualquier resquicio de centralismo» (Ceccanti, 2016, 35), modificó sustancialmente el Título V. A pesar de ello, no consiguió plasmar algunos aspectos fundamentales como la reforma de las Cámaras, cuestión que, de nuevo sin éxito, se volvió a plantear en el referéndum 2016.

El referéndum de diciembre 2016 llamado popularmente «proyecto Renzi-Boschi» pretendió –entre otros aspectos– de nuevo una gran reestructuración del Título V. Entre los objetivos, la superación del bicameralismo perfecto a través de la modificación de los artículos 4, 5, 38.4, 7, 8, 9, 19 y 19 CI. Este modelo se explica en base a dos principios cardinales, la uniformidad funcional de las dos Cámaras y la igualdad o ausencia de situación de privilegio de una frente a la otra, cuya consecuencia directa es la disfuncionalidad provocada por una excesiva dilación del procedimiento legislativo. (Sanjurjo Rivo, 1996, 77). Otra de las propuestas se concentró en remediar el malestar generado por la insuficiente participación de las regiones tanto en la esfera internacional como el «déficit de democracia» y representación en el ámbito nacional (Fogliame, 2016, 122). La intención era optimizar las funciones de Senado, transformándolo en una verdadera Cámara de representación territorial de las autonomías, que permitiera a las regiones intervenir directamente en una institución de carácter nacional y no a través de figuras intermedias y difusas como las actuales Comisiones regionales y locales (Bilancia, 2016, 8). La propuesta hubiera reformado los artículos 1, 2, 5 y 36 CI. También en relación con el Senado y coherentemente con el momento económico que atravesaba el país en 2016, se planteó la reducción del número de senadores, de 315 a 100, recortando así la partida presupuestaria para esta Cámara. La reforma quiso abarcar también el tema del desacuerdo en el reparto de fondos entre las regiones de estatuto ordinario, más ricas y las regiones de estatuto especial, pero con menor capacidad económica. El último de los puntos del proyecto del referéndum que se traen a colación por su interés para este trabajo es la modificación de los art 29, 32, 33, 38.12 y 38.13 CI, que pretendía suprimir las provincias del texto constitucional (Ceccanti, 2016, 85-89).

A pesar de que una importante proporción de las opiniones doctrinales en Italia consideran que la solución al problema de la falta de representatividad se resolvería precisamente transformando el Senado en una Cámara de las autonomías, también se ha relevado, estudiando la experiencia de otros estados, cómo la composición de dicho órgano a menudo cae en la «lógica partidista» (Carida, 2018, 74) perdiendo casi por completo su razón de ser (Sáez Royo, 2014, 64).

Otra cuestión recurrente en Italia es la falta de coordinación práctica, real entre el legislativo nacional y el regional, especialmente en aquellas materias de competencia compartida, concurrente o residual. Debido a la insatisfacción de los resultados que en la práctica han arrojado las Conferencias Estado-Regiones, se introdujo a través del art. 11 de la *Legge costituzionale* n. 3/2001, un nuevo instrumento legislativo con vocación de instaurar otros canales que consintieran la puesta en común y la participación de los representantes de las regiones, ciudades autónomas y entidades locales en las comisiones parlamentarias donde se discutieran cuestiones de relevancia regional. La exigencia de mecanismos de coordinación legislativa entre Estado y regiones es indispensable para una adecuada planificación política, para la estrategia de gobierno y los procesos legislativos llamados a regular sectores complejos con intereses legítimos antagónicos de difícil conciliación o consideración aislada. Actualmente se han generado importantes problemas de seguridad jurídica derivados de la desmembración normativa en algunas materias.

En este sentido los sectores más afectados apremian la labor del gran ausente, el legislador estatal, en su función de imprimir pautas o criterios básicos para dotar de uniformidad al marco legislativo aplicable. Hasta ahora el «regionalismo sin Estado» (Carida, 2018, 63) y la intervención legislativa del resto de entes territoriales –en defecto de actuación estatal– ha acabado comprometiendo seriamente los intereses de ciertos colectivos. En Italia los representantes políticos de las regiones llevan largo tiempo exigiendo que el ejecutivo central deje de «poner parches» y afronte iniciativas legislativas concretas (incluso trámite decretos-ley). Un ejemplo de esto es el sector del juego lícito. La materia de ordenación del juego es en Italia competencia exclusiva del Estado (art. 14 Legge n. 23 de 11 de marzo, 2014) sin embargo está llamada a confluir con bienes jurídicos protegidos como la tutela de la salud pública, competencia concurrente con el legislador regional (art. 117 comma 3 CI), y a su vez, con otros intereses legítimos como la libertad de empresa (art. 16 Tratado de Niza). En este ámbito, la conducta omisiva del legislador estatal está produciendo importantes pérdidas económicas y efectos expulsivos del mercado de empresas que empezaron su actividad de manera legítima. La Corte Costituzionale ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en la sentencia n. 108 de 22 de marzo de 2017 en el siguiente sentido: «la pianificazione prefigurata dalla disposizione statale invocata come norma interposta non è, pertanto, mai avvenuta, non essendo stato emanato, malgrado il tempo trascorso, il decreto interministeriale che doveva definire i criteri. Il che rende l'intero meccanismo inoperante [...]».

En cuanto a los conflictos no resueltos de las autonomías en España es posible señalar varios frentes abiertos. Existe una opinión muy extendida (que se empieza a plantear durante la última crisis económica) de falta de funcionalidad de las administraciones periféricas debido a la existencia de duplicidades, el descrédito de las instituciones, la falta de eficiencia del sistema de financiación autonómica o la corrupción política son problemas urgentes. También lo es, y de manera muy evidente, el desarraigo social provocado por los movimientos secesionistas, gestados durante años en las CCAA de marcado hecho diferencial como Cataluña o el País vasco.

En palabras de (González Encinar, 1980, 119), que llaman la atención por su eminente contemporaneidad pesa a datar de 1980: «la organización territorial del Estado se ha convertido, detrás de la crisis económica, en el problema más grave con que se enfrenta la implantación de la democracia en nuestro país». Otros autores como (Martínez Calvo, 2015, 23) señalan que posiblemente el ideal de España como nación gozó de mucha más aceptación social en el momento inaugural de la democracia, respecto a 40 años después.

Debido a las necesidades de concisión de este trabajo no se ha entendido oportuno profundizar en sus causas o soluciones, pero si es necesario apuntar que el problema de ineficiencia adquiere seguramente especial gravedad si se tiene en cuenta que la CE de 1978 parecía, al menos en términos teóricos querer evitar las duplicidades entre administraciones. Así se reflejaba en el art. 103 CE que dispone que la Administración Pública debe actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Respecto a los movimientos separatistas, es necesario partir del presupuesto de que posiblemente el germen de la situación actual de – incomoda convivencia – sean las sucesivas y desacertadas políticas partidistas que se han venido aplicando en estos territorios en busca, no de un gran pacto del territorio sino de apoyos y dinámicas políticas de improvisación, encaminadas a sacar adelante distintas iniciativas del ejecutivo. Tal ha sido la falta de planificación y de interés en fomentar la estabilidad nacional que en un momento dado ni siquiera han sido suficientes los instrumentos que la Constitución pone en manos del Gobierno central para recuperar el control sobre ciertas decisiones inconstitucionales que pudieran tomar los distintos entes territoriales, como el reciente intento de referéndum en Cataluña.

«El caso Cataluña, de hecho, demuestra en modo absolutamente paradigmático que, si se dan ciertas condiciones políticas, la capacidad de resistencia del Parlamento nacional contra las reivindicaciones nacionalistas es solamente teórica» (D'Atena, 2016, 38).

5. CONCLUSIONES

Actualmente el regionalismo tanto en Italia como en España pasa por un momento de gran incertidumbre, sin embargo volviendo la vista atrás, es posible tomar consciencia de que en ambos países la coexistencia de una multitud de hechos diferenciales en el territorio nacional ha sido uno de los elementos más característicos y enriquecedores de su historia. Por ello trasladar la voz de los distintos entes territoriales a través de las regiones al Gobierno central, es una exigencia de democracia. Partiendo de esta observación, en el terreno práctico ha sido la coyuntura política y los pactos que el ejecutivo central ha tradicionalmente suscrito con las fuerzas políticas autonómicas los que han conducido a modular el nivel de descentralización y el reparto de competencias asumibles.

En este trabajo se ha señalado también la distinta formulación que toman los títulos dedicados a las autonomías en ambas Constituciones; mientras que Italia enuncia una lista nominativa de regiones, España mantiene el principio de la indeterminación consciente. Aun así, es destacable como las dos redacciones responden a la pragmática actitud del constituyente, quien consciente de las limitaciones del momento político, decidió confiar en que algunos de los problemas planteados se retomaran y se resolvieran posteriormente, quizás augurándose un escenario de similar compromiso de las fuerzas política, en una democracia más asentada y sólida.

Sin embargo, respecto a las cuestiones que aún hoy no han sido resueltas como la financiación autonómica o las exigencias de los partidos separatistas, las expectativas de lograr Pactos de Estado son escasas teniendo en cuenta el elevado precio político de las negociaciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, E. et al. (1992), «El Estado Autonómico (Título VIII)», en *Revista de Derecho Político*, n. 36, 191-262.
- CARIDA, R. (2018), *Leale collaborazione e sistema delle conferenze*, Wolters Kluwer, Milano.
- CECCANTI, E. (2016), *La transizione è (quasi) finita. Come risolvere nel 2016 i problemi aperti 70 anni prima*, G. Giappichelli, Torino.
- D'ATENA, A. (2016), *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano*, G. Giappichelli, Torino.
- FOGLIAME, V. (2016), «Le attività non legislative dei Parlamenti nazionali nel coordinamento con le autonomie territoriali e nei rapporti con l'Unione», en Papa, A.

- (Ed.), *Le regioni nella multilevel governance Europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, 112-123, G. Giappichelli, Torino.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. (1980), «El desarrollo del Título VIII de la Constitución y el sistema de partidos», en *Revista de Derecho Político*, n. 7, 119-132.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015), *Los límites de la nación y la reforma constitucional en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MESSINA, D. (2016), «Il ruolo del Comitato delle regioni nella multilevel governance europea», en Papa, A. (Ed.), *Le regioni nella multilevel governance Europea. Sussidiarietà, partecipazione, prossimità*, 59-67, G. Giappichelli, Torino
- ROLLA, G. (2004), «El desarrollo del regionalismo italiano», en *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 2, 181-206.
- RUOTOLO, M. (2014), «Le autonomie territoriali», en Modugno, F. (Ed.), *Lineamenti di diritto pubblico*, 497-532, G. Giappichelli, Torino.
- SÁEZ ROYO, E. (2014), *Desmontando mitos sobre el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid.
- SANJURJO RIVO, V. (1996-1997), «El Parlamento italiano: ¿Bicameralismo perfecto o bicameralismo ilusorio?», en *Revista Huarte de San Juan de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales de la Universidad Pública de Navarra*, n. 3-4, 75-108.

UNITÀ NAZIONALE E RICONOSCIMENTO DELLE COMUNITÀ LOCALI NELLE COSTITUZIONI SPAGNOLA E ITALIANA: UN PERCORSO COMPARATIVO

ALESSIO MARTINO*

Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'art. 5 nella Costituzione italiana. 3. L'art. 2 nella Costituzione spagnola. 4. Principio di unità, autonomie locali e minoranze: considerazioni conclusive. 5. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

Il nostro secolo è stato caratterizzato dalla riemersione di due fattori fortemente destabilizzanti per le democrazie novecentesche: il populismo – elemento fondamentalmente metagiuridico – e la frammentazione identitaria¹ – che ha progressivamente portato alla riemersione delle istanze di riconoscimento dell'unicità (e delle peculiarità) delle diverse realtà e comunità locali.

* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale e pubblico generale presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza» e Doctorando de Investigación en Ciencias Jurídicas presso l'Università di Granada.

¹ Una frammentazione, si badi bene, non solamente di tipo territoriale e spaziale ma, ancor di più, di tipo ideale e identitario che ha portato, da un lato, al progressivo reciproco allontanamento delle forze di rappresentanza politica e, dall'altro, all'affievolimento del senso di comunità nazionale in favore di un diffuso senso di appartenenza prettamente locale. In questo senso, si è parlato più precisamente di crisi della «corrispondenza fra la comunità politica e le compatte fisionomie identitarie dello stato nazione» (RIDOLA, 2010, 240).

Proprio la condizione di «assedio» a cui è stata sempre più sottoposta la sovranità statale (*ex multis* MacCormick, 1999; Butler, Chakravorty Spivak, 2009) ha generato una frattura infra-nazionale in un numero sempre maggiore di paesi, anche europei, fra i quali spiccano – seppur con intensità evidentemente diverse – tanto l’Italia quanto, ancor di più, la Spagna, la quale ha rappresentato un caso certamente eclatante in cui le istanze identitarie periferiche sono state talmente forti da condurre ad una crisi istituzionale senza precedenti².

In questo particolare contesto, è tornata ad emergere l’urgenza di analizzare e comprendere i risvolti della costituzionalizzazione del principio di unità e indivisibilità del territorio nazionale, soprattutto in relazione al sempre maggior sviluppo del decentramento verticale³.

Da un lato, infatti, è chiaro che «può sempre rilevarsi l’esistenza di un pluralismo sociale che divide – a volte frantumando – le diverse società che operano in un dato ordinamento, dentro una nazione, un territorio, un tempo, uno spazio» ed è allo stesso modo evidente come «all’interno di una stessa «società» non deve escludersi il conflitto tra i diversi soggetti in essa operanti, che rendono mutevole ogni gruppo sociale e non permette di cristallizzare nessun agglomerato sociale» (Azzariti, 2015, 6); d’altro canto, deve notarsi come già nell’idea dei costituenti – tanto italiani, quanto spagnoli⁴ – il combinato disposto del principio di unità e indivisibilità con la collegata garanzia delle autonomie doveva rappresentare il possibile antidoto allo scontro infrastatale emerso oggi – e a dispetto di ciò – in tutta la sua più preoccupante forza.

La vicenda costituzionale all’origine dei testi italiano⁵ e spagnolo⁶, a ben vedere, è infatti prova di «quanto sia importante conciliare le aspirazioni auto-

² Per una recente ricostruzione esaustiva della vicenda riguardante il conflitto catalano si vedano DI MARTINO (2018); POGGESCHI (2018) e SÁNCHEZ-LAURO PÉREZ (2017) ma anche GARCÍA CÁRCEL (2013) e BLANCO VALDÉS (2005).

³ Verso l’alto, in favore delle organizzazioni internazionali – temporalmente prima fra tutte l’Organizzazione delle Nazioni Unite e poi, sempre più intensamente, a favore delle organizzazioni politiche quali l’Unione Europea – e verso il basso, a maggior tutela dell’espressione della particolarità territoriale locale e, di più, a completa realizzazione degli obiettivi di decentramento già contenuti *ab origine* – seppure con intensità diverse – in tutte le costituzioni democratiche del secolo scorso.

⁴ In effetti, tanto i costituenti italiani quanto quelli spagnoli hanno operato un bilanciamento degli interessi volto alla conciliazione della realtà unitaria con le diverse identità locali, vittime delle politiche accentratrici portate avanti dai regimi autoritari fascista e franchista che sino alle costituzioni del 1948 e del 1978 avevano guidato i due paesi.

⁵ Si tenga presente come «la formulazione finale dell’art. 5 costituisce una disposizione originale nella storia costituzionale italiana, del tutto assente nel testo statutario e sintomo dell’attenzione che i costituenti prestarono al tema delle autonomie in ragione dei risultati negativi dell’accentramento che aveva contraddistinto sia il periodo liberale che quello fascista» (BARTOLE, BIN, 2008, 50).

⁶ In effetti, quando si tratta dell’esegesi della Costituzione spagnola del 1978 non può ignorarsi come «la España de 1973, políticamente hablando, estaba sumida en un mar de enigmas y existía una enorme preocupación por saber qué solución se podría encontrar, tras la muerte de Franco que se palpaba ya cercana, para organizar el país contando con las diferentes tendencias existentes» (DE ESTEBAN,

nomistiche di ogni comunità locale con le ragioni della convivenza pacifica in una organizzazione che abbia l'obiettivo di dare corpo e al contempo preservare l'identità di una nazione univocamente riconoscibile» (Dickmann, 2018, 2).

In questo complesso contesto, può risultare particolarmente utile l'uso dello strumento della comparazione giuridica, in grado di fornire un apporto determinante per la comprensione delle prospettive del costituzionalismo contemporaneo in relazione al crescente stato di agitazione delle diverse realtà – più o meno radicate – costruite sul perno delle autonomie regionali e locali.

Ebbene, se «il principio di unità assicur[a] uno sviluppo armonico e integrato tra i vari livelli territoriali di governo, riassumendo al suo interno la tensione, coesistente a ogni Stato in cui sono riconosciute in maniera forte le autonomie locali, tra unità e differenziazione» (Bartole, Bin, 2008, 50), altrettanta centralità dovrebbe essere assicurata alla lettura di tale principio alla luce dell'esame dei lavori preparatori e delle ragioni storiche da cui mossero i costituenti; proprio nei lavori preparatori, infatti, possono rinvenirsi elementi utili per individuare un terreno di pacificazione fra istanze autonome periferiche e tutela delle prerogative del governo centrale.

2. L'ART. 5 NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

I padri costituenti italiani erano perfettamente consapevoli della tensione esistente fra spinte centripete all'unità e opposte forze centrifughe di tipo autonomistico. Proprio tale consapevolezza aveva orientato la maggioranza in Assemblea costituente verso un atteggiamento propriamente difensivo dovuto al diffuso timore che la già traballante unità – faticosamente raggiunta nel secolo precedente – potesse rapidamente e con grande facilità deteriorarsi a causa del rafforzamento delle realtà territoriali e locali. Molte di esse infatti avevano già evidenziato gravi e preoccupanti criticità, potenzialmente capaci di portare allo sviluppo di un sentimento indipendentista incoerente con lo spirito fortemente unitario che permeava e permea la Costituzione italiana.

Va detto che, sebbene parte della dottrina individui nell'affermazione del principio di unità ed indivisibilità della Repubblica italiana il mero divieto di dividere il suo territorio in più Stati attraverso un processo di secessione (Bartole, Bin, 2008), una simile interpretazione finisce per oscurare quel processo

2018, 72). Proprio in questo senso, si opponevano sostanzialmente tre diverse pulsioni: quella del «*continnuismo*» che spingeva per il proseguo «*sin Franco*» del regime; quella «*pseudorreformista*» che tendeva ad una conservazione del franchismo apportando alcune correzioni formali e sostanziali al sistema vigente; infine quella della «*ruptura*», tipica della sinistra spagnola, nate dalle forze d'opposizione.

di integrazione fra spinta unitaria e spinte decentralizzatrici di cui i costituenti avevano provato a farsi interpreti.

Nella visione dei costituenti italiani, in effetti, «l'indivisibilità della Repubblica non è una qualità data una volta per sempre, ma un compito, un processo continuo e difficile, che si può, e si deve, svolgere su piani diversi, tutti rilevanti per l'attività giuridica» (Schefold, 2013, 400).

In tale contesto, risulta ancor più chiaro come proprio «l'enunciazione del principio di unità ed indivisibilità della Repubblica veniva avvertita come una sorta di assicurazione sulla tenuta unitaria dell'ordinamento» (D'Atena, 2014, 493), rappresentando la principale garanzia dell'unità nel suo essere supremo limite alla concessione e all'esercizio di autonomie alle realtà territoriali periferiche.

Proprio in tal senso, è stato evidenziato come «la ripartizione del territorio nazionale in regioni ed altri enti locali [sia stata originariamente] concepita per favorire e valorizzare questa unità», fondata sulla tutela democratica della diversità in un contesto inderogabilmente unitario, «conciliandola con le originalità locali, di cui consiste e si alimenta alla luce del processo storico-politico all'origine del formarsi dell'identità nazionale» (Dickmann, 2018, 4).

Dal punto di vista dei costituenti, quindi, «il favore della Repubblica per le autonomie locali, sulla base di quanto previsto dall'art. 5 Cost.» (Dickmann, 2018, 4) si può giustificare solo ed esclusivamente alla luce di una visione unitaria della Repubblica italiana.

In breve, il principio unitario – posto a fondamento della Costituzione italiana – assicura la coesistenza pacifica fra i vari livelli di governo, garantendo il ruolo di perno sistemico dell'autorità centrale in un contesto di sussidiarietà verticale nel quale l'identità territoriale e il suo necessario spazio di autonomia sono considerati alla stregua di un valore irrinunciabile e mai come una limitazione della sovranità nazionale. È in questo senso che, certamente, la formulazione dell'art. 5 Cost. «scolpisce una tensione che è nelle cose» (D'Atena, 2014, 489) e risulta determinante per la completa realizzazione dei principi fondamentali del testo costituzionale così interpretato.

Leggere nella sua interezza l'art. 5 Cost. significa, quindi, dare atto ai costituenti di una volontà precisa e impossibile da fraintendere: «La Repubblica» italiana è sì «una e indivisibile» ma in tale condizione di unità e indivisibilità deve operare costantemente per «riconosce(re) e promuove(re) le autonomie locali; attua(ndo) nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo» e «adegua(ndo) i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento». Tale lettura, pertanto, non può che confermare come «il tema classico, che la Costituzione

italiana ha trattato nell'art. 5, è la compatibilità dell'unità nazionale con le autonomie territoriali e il decentramento» (Schefold, 2013, 392) e non, invece, la loro conflittualità.

Quanto sin qui ricostruito è parimenti confermato dalle scelte di tipo sistemico operate dai costituenti italiani. L'affermazione del principio di unità e indivisibilità della Repubblica – seppure mitigato dalle precisazioni esplicite in tema di autonomie locali e decentramento amministrativo – è stato infatti inserito tra i principi fondamentali del testo costituzionale italiano proprio a significarne la centralità e con l'obiettivo di raggiungere un decentramento efficace senza mettere a rischio l'unità nazionale.

L'Assemblea costituente non ignorò il tema della compatibilità della garanzia delle autonomie locali con l'affermazione del principio di indivisibilità dello Stato, e proprio per questo optò per la collocazione della norma riguardante il principio di unità ed indivisibilità nel catalogo dei principi fondamentali piuttosto che nel Titolo V – sede solo apparentemente più adeguata e in cui era confluita la scelta operata in tema di regionalismo (di cui la riforma costituzionale del 2001 avrebbe accentuato i caratteri autonomistici) – così salvaguardando la posizione centrale dello stato⁷ presupposto del disegno originario del testo costituzionale⁸ alla luce della quale la Repubblica rappresenta la «risultante [necessariamente] unitaria di un sistema di enti e funzioni autonomi e locali tra loro differenziati» (Dickmann, 2003, 5).

Nella volontà dei costituenti, in effetti, il principio di unità ed indivisibilità non rappresentava un obiettivo verso cui tracciare la strada, ma anzi: «l'interpretazione letterale dell'art. 5 Cost. sembra essere perfettamente compatibile con la seguente esplicazione: «la Repubblica (*che è già*) una e indivisibile». Tutto ciò suggerisce che la Costituzione ponga a fondamento di una propria norma l'Unità d'Italia piuttosto che porsi (ovvero porre sé medesima) a fondamento della stessa, da cui seguirebbe l'impossibilità logica di costruire l'unità a partire dalla Costituzione, essendo quest'ultima, al contrario, un punto di arrivo. O, meglio, un punto di arrivo per un'unità data per acquisita che, a sua volta, è principio fondamentale per ulteriori sviluppi» (Carrer, 2014, 8-9) tendenzialmente decentralizzanti, nei quali «l'autonomia diventa espressione di un modo di essere della Repubblica, quasi la faccia interna della sovranità

⁷ Con la sentenza n. 274 del 2003 la Corte costituzionale italiana ha ribadito come le istanze unitarie, ampiamente affermate in Costituzione e collocabili fra i principi fondamentali sui quali si posa l'intera struttura della Repubblica, postulano «necessariamente che nel sistema esista un soggetto – lo Stato appunto – avente il compito di assicurarne il pieno soddisfacimento».

⁸ In tal senso, è stato affermato che «nel nuovo assetto costituzionale allo Stato è pur sempre riservata una posizione peculiare, atta a garantire il pieno soddisfacimento di quelle istanze unitarie che a più riprese emergono dal dettato costituzionale» (DRAGO, 2003, 5).

dello stato» (Berti, 1975, 286) emergendo quale proiezione dell'idea di nazione sviluppatasi in assemblea costituente, tutt'altro che fragile a causa della spinta autonomistica, ma che anzi in tale apertura trova la garanzia della propria unità ed integrità⁹.

3. L'ART. 2 NELLA COSTITUZIONE SPAGNOLA

Diversamente dall'art. 5 della Costituzione italiana, l'art. 2 del testo spagnolo del 1978 è frutto di una tensione assai più marcata¹⁰. La nascente democrazia iberica, infatti, aveva dovuto affrontare lo spinoso tema prima del riconoscimento e poi della pacificazione delle diverse realtà identitarie presenti al suo interno¹¹.

Proprio alla luce di una conflittualità tanto radicata, il «modello di organizzazione territoriale risultante dal dibattito costituente [finì per rappresentare] il frutto di un compromesso molto difficile ma nel complesso virtuoso tra partiti che muovevano da prospettive molto diverse e in cui [erano] state soprattutto le sinistre e le forze nazionaliste a spingere verso il rafforzamento dell'autogoverno territoriale» (Di Martino, 2018, 63).

La Costituzione spagnola ha perseguito il tentativo di rompere in modo netto col franchismo – anche attraverso norme costruite in modo lapidario e con tono deciso come l'art. 2, «*típico precepto pòrtico, muy habitual en un título preliminar, dedicado a enunciar los tres grandes principio jurídicos vertebradores de la organización territorial del Estado: unidad, autonomía y solidaridad*» (Muñoz Machado, 2018,24) – ed allo stesso tempo precostituire

⁹ Il riferimento è alla lettura di Dickmann, secondo cui «la Repubblica si potrebbe ritenere realizzata compiutamente solo se esiste un sistema di garanzie che consenta che l'azione delle autonomie riconosciute dalla Costituzione si svolga senza contraddire la sua forma unitaria ed i valori ad essa riconducibili, in una dimensione finale di ordine costituzionale» (DICKMANN, 2003, 5).

¹⁰ In effetti, «*toda la elaboración de la Constitución de 1978 estuvo dominada por la idea de conseguir aprobar una norma suprema que terminara con los grandes conflictos históricos de España*» (AJA, 2018, 121). Deve tenersi conto, poi, di come al momento della discussione di tale articolo, «*eran notables las diferencias acerca de la meta a alcanzar y el camino a seguir (...) encontrándose posturas tan dispares como el establecimiento de un Estado federal, con reconocimiento del derecho de autodeterminación para cada uno de los Estados federados, o la atribución de una mera autonomía administrativa a las regiones, del mismo rango de la que se otorgase a los municipios y provincias. La síntesis establecida es fruto del consenso entre los grupos políticos*» (GARRIDO FALLA, 2001, 47).

¹¹ Si tenga conto che «*la Constitución de 1978 intentó hallar un acomodo a estas demandas de autonomía y diseño, con muchas dificultades, un nuevo sistema de organización territorial del Estado, inspirado fundamentalmente en el modelo del Estado integral de la II República, pero con la opción, mucho más clara y resuelta, de extender la autonomía a todos los territorios españoles, como muestra el hecho de que se concedieran regímenes provisionales de autonomía a prácticamente todos los territorios, prefiriendo así en gran parte el mapa autonómico definitivo*» (ALBERTI ROVIRA, 2019, 306-307).

una soluzione solida alla violenza politica dell'ETA, alle diverse identità e al risarcimento delle vittime della dittatura.

Le principali differenze (soprattutto testuali) delle norme in comparazione sembrano far emergere una diversa volontà dei due testi in relazione al ruolo delle autonomie nello sviluppo del principio di unità e indissolubilità dello Stato¹². Tuttavia, la scelta dei costituenti spagnoli non sembra aver voluto perseguire un diverso risultato, seppure certamente è permeata da una più marcata cautela volta a proteggere il principio di unità dalla possibile erosione dovuta alle spinte centrifughe provenienti dalle autonomie locali.

La questione territoriale in Spagna è antica e ha caratterizzato tanto la fine del regno borbonico del 1776, quanto la nascita nel 1931 della Repubblica spagnola e poi anche la nuova democrazia e la sua Costituzione del 1978, mossa anche dal tentativo di pacificare il paese attraverso lo strumento del decentramento regionale. Tuttavia, il passaggio troppo repentino dalla dittatura ipercentralista al regionalismo forte ha finito per snaturare le intenzioni originarie dei costituenti, spingendo molti commentatori a intravedere nella Costituzione spagnola non tanto un esempio innovativo di forma di Stato regionale, quanto invece il tentativo (forse fallito) di costruire un particolare federalismo di tipo debole¹³.

Le opinioni positive sulla Costituzione spagnola e sui suoi effetti sono comunque numerose¹⁴. In effetti, i costituenti hanno potuto utilizzare i modelli e le esperienze più diverse per dare soluzioni agli emergenti problemi del post-franchismo, e se certamente nella formazione della Costituzione spagnola del 1978 hanno avuto un ruolo centrale la costituzione tedesca del 1949 e quella francese della V Repubblica del 1958, un ruolo predominante e fondamentale è stato ricoperto dallo studio del testo italiano del 1948 (cfr. Scarciglia, 2016).

Nel caso spagnolo, il testo costituzionale fa perno sui primi due articoli, che hanno una «*función – jurídica, sin duda, y por tanto, vinculante – [...] sobre todo, interpretativa de otras normas constitucionales y legales que los*

¹² Sul tema risulta interessante comprendere la particolare intensità delle competenze statali anche in materie specifiche (*ex multis* MONTILLA MARTOS, 2004).

¹³ Alcuni studiosi hanno sostenuto che «le forme seguite dal sistema autonomico nel suo sviluppo – improbabili alle origini – lo hanno trasformato, nella realtà, in un «modello transitorio» che ha nello Stato federale la sua proiezione finale, benché per realizzare tale ipotesi sia imprescindibile attuare alcune riforme» (RUIZ-RICO RUIZ, 2000, 1439); ma anche che «al netto delle classificazioni delle forme di Stato, quello spagnolo [è] comunque un modello 'prevalentemente' federale, nel quale il livello di decentramento dei poteri e di autonomia istituzionale delle CC. AA. non ha nulla da invidiare ai federalismi formalmente classificati come tali» (CAMONI, 2018, 532).

¹⁴ Secondo alcuni «la Spagna non ha mai vissuto un periodo storico così positivo e fecondo dal punto di vista della modernizzazione economica, della coesione sociale, della qualità democratica o del progresso culturale» (BLANCO VALDÉS, 2018, 349) quale quello successivo alla Costituzione del 1978.

desarrollan de formas concreta y específica» (Muñoz Machado, 2018, 24) e nei quali sono «contenute tutte le decisioni politiche costituzionalmente conformatrici, che i restanti articoli non fanno che sviluppare» (Pérez Royo, 2004, 608).

Il principio di unità e indissolubilità dello Stato, in particolare, occuperebbe un ruolo preminente anche se assai meno complesso di quello emergente dall'enunciazione contenuta nella Costituzione italiana – i cui autori avevano evidentemente uno spazio di manovra assai meno insidioso – e rappresenterebbe il canone di conformità al disegno costituzionale di tutte le norme dell'ordinamento¹⁵. Tale principio emergerebbe, quindi, «come presupposto costitutivo di un concreto modello di Stato e come limite, a sua volta, del decentramento politico-amministrativo perseguibile mediante l'esercizio del diritto di autonomia» (Ruiz-Rico Ruiz, 2000, 1440). Se, quindi, nella Costituzione italiana è l'autonomia – o, meglio, il suo riconoscimento e la sua promozione – a porre un limite all'affermazione di tale principio, nel caso spagnolo tale rapporto di forza viene invertito a discapito del decentramento¹⁶. Il principio di unità e indivisibilità diviene così «presupposto del riconoscimento del diritto all'autonomia e risultato dell'esercizio effettivo di tale diritto» (Pérez Royo, 2004, 609) e, come nel caso italiano, emerge quale mezzo di riconoscimento di tutti i diritti d'autonomia e quale risultato dell'esercizio effettivo di tali diritti spingendo sempre di più verso il superamento di un comprimite regionalismo in favore di una forma di Stato concentrata sul ruolo delle autonomie, tanto da rendere sostanzialmente complementari i termini di «unità» e di «autonomia» usati in costituzione.

Superando quindi la dicotomia fra idea regionalista e tesi federalista, può ben dirsi che la Costituzione spagnola non era originariamente intesa a individuare uno specifico modello di organizzazione territoriale dello Stato, volendo invece riconoscere, «nel rigoroso rispetto del principio di unità nazionale di cui all'art. 2, una certa libertà d'azione nella scelta del modello stesso, garantendo il diritto all'autonomia a *nacionalidades* e *regiones* della Spagna» (Scarciglia, 2016, 332) secondo una logica di assoluta flessibilità del disegno costituzionale rispondente alle esigenze pacificatrici sottostanti al lavoro costituente del 1978.

¹⁵ Sul punto si veda AGUILAR CALAHORRO (2011).

¹⁶ Sul punto, risulta infatti assai chiaro come il principio di unità in Spagna rappresenti un «*limite del derecho a la autonomía, tanto con carácter general, delimitando así el alcance de éste, como, en particular, en algunos aspectos concretos*» quali la supremazia dello Stato e l'unitarietà dell'ordinamento giuridico (GARRIDO FALLA, 2001, 58).

4. PRINCIPIO DI UNITÀ, AUTONOMIE LOCALI E MINORANZE: CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi sin qui condotta evidenzia come, seppur attraverso strade e in presenza di un retaggio storico assai differente, tanto i costituenti italiani quanto quelli spagnoli abbiano tentato di conciliare il principio di unità e indivisibilità con un più generale principio pluralista, con la strenua volontà di prestare la massima attenzione alle autonomie locali, considerando lo Stato democratico non come concetto monolitico ma a partire dalla coesione di differenti storie, culture e identità dalle quali far emergere quale prodotto comune l'identità nazionale.

Proprio in questo senso, in entrambe le esperienze costituzionali è presente la convinzione che ad unire sia il sentimento solidaristico diffuso, rifiutandosi di dar spazio a un'idea di autonomia distinta e opposta rispetto al principio di unità e indivisibilità, che avrebbe finito per condurre allo sviluppo e alla protezione di un «*particolare* [che è] rifiuto di ogni credenza in comune, agire per esclusivo tornaconto personale, abbandono di ogni dimensione pubblica, dominio della volontà e dell'interesse del singolo» (Azzariti, 2015, 7).

Il perno sul quale si muove il principio di unità e indivisibilità dello Stato – tanto nell'art. 5 della Costituzione italiana, quanto nell'art. 2 della Costituzione spagnola – è il riconoscimento delle autonomie locali e, quindi, della diversità quale ricchezza sulla base della quale fondare la convivenza civile e politica.

A ben vedere, infatti, «il costituzionalismo contemporaneo è chiamato a confrontarsi con una moltiplicazione di istanze di riconoscimento, che investono i più vari ambiti dell'esistenza umana – dalle scelte intime, affettive, riproduttive, alle condizioni materiali dell'esistenza, o ancora all'effettiva partecipazione politica – e hanno progressivamente messo in crisi la tenuta di tradizionali strumenti di gestione e risoluzione del conflitto sociale e politico attraverso il diritto» (Schillaci, 2018, 17). Tali crisi – di cui quella catalana è solamente l'ultima in ordine di tempo – possono essere risolte solo ritornando alle origini, e comprendendo che la costituzionalizzazione del principio di unità ed indivisibilità non è stata un «pugno battuto su un tavolo» per fermare qualsiasi iniziativa particolaristica, bensì il collante che avrebbe dovuto permettere alle comunità autonome e regionali di valorizzare le proprie particolarità, garantendo la futura aderenza di tali iniziative al progetto comune di cui si stavano ponendo le basi.

Tutto ciò non può poi dimenticare, naturalmente, quanto «il disegno di un modello statale che rifugga da una logica centralizzatrice ed unitaria port[i] con

sé la necessità di equilibrare l'esigenza di coesione dello Stato con le istanze di decentramento ed autonomia funzionale, in una compenetrazione bilanciata che non si risolva a scapito dell'una piuttosto che delle altre» (Camoni, 2018, 533). L'idea che, tuttavia, deve essere respinta con forza, è quella prettamente gerarchica, che vorrebbe elevare il principio di unità e indivisibilità ad un livello superiore di intangibilità, impedendone il bilanciamento e la contaminazione con le spinte di riconoscimento regionale, locale ed autonomico.

È proprio in questo senso che il concetto di «unità» contenuto nelle costituzioni italiana e spagnola può essere letto non come una spinta verso l'intangibilità dello *status quo*, bensì nei termini di «un compito, un processo continuo e difficile, che si può, e si deve, svolgere su piani diversi» (Schefold, 2013, 400), lasciando il necessario spazio di sviluppo, manovra ed affermazione anche alle realtà decentrate che fanno a pieno diritto parte dello Stato nel suo concetto unitario.

5. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AGUILAR CALAHORRO, A. (2011), «El sistema constitucional de España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 15, pp. 17-84.
- AJA, E. (2018), «Artículo 2», PÉREZ TREMPES, P.; SAIZ ARNAIZ, A., *Comentario a la constitución española*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- ALBERTI ROVIRA, E. (2019), «El conflicto de Cataluña como crisis constitucional», *Fundamentos*, 10, pp. 301-341.
- AZZARITI, G. (2015), «Storia costituzionale e autobiografia della Nazione», *Costituzionalismo.it*, 1.
- BARTOLE, S.; BIN, R. (2008), *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM. Padova.
- BERTI, G. (1975), «Commento all'art. 5 Cost.», BRANCA, G. (1975), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli: Bologna.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2005), *Nacionalidades históricas y regiones sin historia*, Alianza Ediciones: Madrid.
- (2018), «Spagna: la fine della stabilità? Cambiamenti del sistema partitico e della forma di governo», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 349-378.
- BUTLER, J.; CHAKRAVORTY SPIVAK, G. (2009), *Che fine ha fatto lo stato-nazione?*, Meltemi. Roma.
- CAMONI, D. (2018), «La coercizione statale nei confronti delle Comunità autonome: spunti di riflessione a partire dalla 'questione catalana'», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, pp. 529-558.
- CARRER, M. (2014), «Un'indagine sulla norma che fonda l'Unità della Repubblica», *Costituzionalismo.it*, 2.

- CERRINA FERRONI, G.; FROSINI, T. E.; TORRE, A. (2016), *Codice delle Costituzioni*, CEDAM: Padova.
- D'ATENA, A. (2014), «Unità nazionale tra integrazione sovranazionale e autonomie regionali», *Rassegna parlamentare*, 3, pp. 487-513.
- DE ESTEBAN, J. (2018), «Una visión personal de la transición y del proceso constituyente», PÉREZ TREMP, P.; SAIZ ARNAIZ, A. (2018), *Comentario a la constitución española*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- DI MARTINO, A. (2018), «Il conflitto costituzionale sulla Catalogna: origini, svolgimento, prospettive», *Costituzionalismo.it*, 1.
- DICKMANN R. (2003), «Spetta allo Stato la responsabilità di garantire il pieno soddisfacimento delle 'istanze unitarie' previste dalla costituzione», *Federalismi.it*, 9.
- (2018), «La Corte costituzionale estende il paradigma dell'art. 6 Cost. a tutte le minoranze e contesta la competenza della legge regionale a identificare la popolazione locale come minoranza nazionale», *Federalismi.it*, 1.
- DRAGO, F. (2003), «Il soddisfacimento delle istanze unitarie giustifica la vecchia giurisprudenza in merito ai vizi delle leggi regionali», *Federalismi.it*, 8.
- GARCÍA CÀRCEL, R. (2013), *La herencia del pasado. Las memorias históricas de España*, Galaxia Gutenberg: Barcellona.
- GARRIDO FALLA, F. (2001), *Comentarios a la Constitución*, Civitas Ediciones, Madrid.
- MACCORMICK, N. (1999), *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Il Mulino, Bologna.
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2004), «La articulación normativa bases-desarrollo al incorporar el derecho europeo en el estado autonómico», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2, pp. 207-234.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Crítica ediciones: Barcellona.
- PÉREZ ROYO, J. (2004), «La proposta Ibarretxe: un progetto costituente per il Paese basco», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, pp. 607-614.
- POGGESCHI, G. (2018), *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Editoriale scientifica: Napoli.
- RIDOLA, P. (2010), *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2000), «Autodeterminazione e riforma costituzionale nello Stato autonomico spagnolo», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, pp. 1438-1451.
- SÁNCHEZ-LAURO PÉREZ, S. (2017), «Cataluña ante España. Visión histórica entre el mito y la realidad», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, 33, pp. 12-52.
- SCARCIGLIA, R. (2016), *La Costituzione della Spagna (1978)*, CEDAM: Padova.
- SCHEFOLD, D. (2013), «La repubblica divisibile e indivisibile. Limiti, condizioni e funzione dell'unità politica», *Diritto e Società (III serie)*, 3.
- SCHILLACI, A. (2018), *Le storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e diritti civili in Europa e negli Stati Uniti*, Jovene: Napoli.

L'INSEGNAMENTO SPAGNOLO? MODELLI DI REGIONALISMO DIFFERENZIATO A CONFRONTO

SIMONE NERI*
LUISS Guido Carli

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le competenze legislative nel quadro costituzionale: rigidità vs flessibilità. 3. Procedimenti devolutivi a confronto. 4. Il sistema dei raccordi inter-soggettivi nel neo-policentrismo istituzionale. 5. Considerazioni conclusive. 6. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

In Italia la possibilità di una radicale trasformazione del sistema regionale è rappresentata dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione. La riforma costituzionale n. 3 del 2001, con la quale si è intrapreso un lungo cammino verso l'ampliamento dell'autonomia politica degli enti territoriali, ha, tra le tante cose, completamente riscritto l'articolo 116 della Costituzione, prevedendo che la legge ordinaria possa attribuire alle Regioni, in alcune materie, «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» sulla base di un'intesa fra lo Stato e le Regioni interessate. Nonostante questa disposizione, a più di diciassette anni dalla sua introduzione, non abbia trovato sino ad oggi concre-

* Dottorando di ricerca in «Diritto ed Impresa» presso il Dipartimento di giurisprudenza della LUISS Guido Carli di Roma (sneri@luiss.it).

ta attuazione, negli ultimi mesi si è assistito ad un intenso attivismo da parte di alcune Regioni al fine di darne concreta attuazione.

Nel seguire il processo istituzionale italiano verso un modello regionale a «geometria variabile», un interessante confronto con l'ordinamento spagnolo può essere utile per meglio cogliere le possibili trasformazioni che coinvolgeranno il nostro Paese. Il sistema costituzionale spagnolo – sin dalle sue origini – ha predisposto un modello regionale asimmetrico o differenziato, che dir si voglia, per l'attribuzione delle competenze legislative alle diverse Comunità autonome, preferendo la scelta costituzionale di definire i processi di decentralizzazione piuttosto che di stabilire, rigidamente, l'organizzazione del sistema regionale. La Carta costituzionale spagnola è, infatti, caratterizzata da un ampio margine di libertà, dal punto di vista giuridico e politico, per l'attuazione concreta dell'organizzazione territoriale dello Stato. La differenziazione tra le Comunità autonome risiede nel fatto che si può accedere ad un diverso grado di autonomia in relazione al procedimento devolutivo che l'ente territoriale decide di intraprendere. Il disegno di decentramento territoriale del potere nella Costituzione spagnola ha, quindi, un carattere sostanzialmente aperto.

Per tutte queste ragioni, lo studio si propone di confrontare il possibile procedimento devolutivo delle Regioni italiane a statuto ordinario con l'asimmetria costituzionalmente codificata delle Comunità autonome spagnole sotto tre diversi aspetti:

1. *le competenze legislative nel quadro costituzionale*. Sarà importante, in prima battuta, richiamare la distribuzione delle competenze legislative tra lo Stato e gli enti territoriali autonomi nel sistema spagnolo e in quello italiano, al fine di sottolineare come ad esigenze comuni si siano date risposte sostanzialmente diverse.

2. *il procedimento*. Analizzato il procedimento devolutivo previsto dal citato articolo 116, terzo comma della Costituzione (sottolineandone le incertezze interpretative che sorgono in virtù di una disciplina costituzionale scarna e manchevole di una legge ordinaria di attuazione) lo si confronterà con le diverse modalità, previste dalla Costituzione spagnola, attraverso le quali le Comunità autonome possono acquisire un maggior grado di autonomia e di differenziazione;

3. *i raccordi inter-istituzionali*. Si svolgerà, infine, una riflessione sui raccordi istituzionali in Italia tra lo Stato e gli enti territoriali all'interno di un sistema ordinamentale non più basato sull'omogeneità e sull'uniformità delle competenze ma bensì sull'asimmetria tra Regione e Regione. I modelli concertativi attualmente presenti dovranno o meno essere ripensati alla luce delle

evoluzioni del sistema regionale italiano? Anche su questo specifico punto il confronto con l'ordinamento asimmetrico spagnolo potrà fornire un utile strumento di paragone.

Questo studio non ha l'ambizione di istituire una stretta comparazione tra il sistema italiano e quello spagnolo. Piuttosto nelle pagine che seguiranno, partendo dall'analisi e dalle possibili conseguenze di un singolo aspetto del nostro modello regionale italiano, ossia la possibile attivazione del procedimento di trasferimento di ulteriori funzioni legislative dallo Stato alle Regioni, si opererà un raffronto con la differenziazione regionale della Spagna al fine di ricercare se quest'ultima possa offrire delle soluzioni da innestare nel nostro ordinamento.

Proprio l'interessante appuntamento del IV Convegno Internazionale del Seminario Italospagnolo, organizzato in occasione del 70° anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione italiana e del 40° di quella spagnola, offre l'occasione di istituire tale confronto tra due Paesi che hanno «due Costituzioni separate cronologicamente dallo spazio di trenta anni, ma unite da tanti fattori ed elementi: riguardo alla loro genesi, al processo di elaborazione, allo spirito di consenso al quale risposero e, soprattutto, ai valori di riferimento» (Rolla, 2005, 1). Le premesse di tale raffronto partono dal presupposto metodologico che il sistema territoriale spagnolo e quello italiano sono entrambi caratterizzati da quello che è stato definito «neo-policentrismo istituzionale», inteso quale processo che «contraddistingue gli ordinamenti che negli ultimi decenni hanno attuato il decentramento politico, senza riuscire parallelamente a ricreare quel sistema di pesi e contrappesi che nei sistemi di tradizione federale si è sviluppato nel corso di decenni ed in virtù di una pluralità di contingenze storiche difficilmente riproducibili. Ciò che contraddistingue il neo-policentrismo, in altri termini, non è tanto la quantità o la qualità dei poteri attribuiti ai livelli di governo territoriali rispetto a quello statale, bensì il percorso seguito nel processo di decentramento, che ovviamente incide sui fattori unificanti (primo fra tutti la rete di raccordi) che si sviluppano come esito di tale trasformazione» (Griglio, 2008, 3).

2. LE COMPETENZE LEGISLATIVE NEL QUADRO COSTITUZIONALE: RIGIDITÀ VS FLESSIBILITÀ

L'Italia e la Spagna, frutto di democrazie nate sulle ceneri di regimi autoritari poco inclini a riconoscere e a valorizzare le specificità dei diversi territo-

ri, avvertirono, nell'ambito del processo costituente, la forte esigenza di garantire sul piano costituzionale un ampio margine di autonomia alle collettività territoriali, tra loro caratterizzate da notevoli diversità socio-economiche e storico-culturali (Volpi, 2016, 255). Partendo, quindi, da esigenze comuni, le scelte costituzionali dei due ordinamenti si sono, però, contraddistinte da una marcata differenza in ordine al perseguimento dell'obiettivo appena enunciato.

Il Costituente italiano si preoccupò di istituire, cristallizzandole nel quadro costituzionale, le Regioni italiane sulla base di un criterio statistico e territoriale con un approccio che, per usare una parola propria della scienza politica, potremmo definire *top-down*¹. Contestualmente all'istituzione delle Regioni «ordinarie», la Costituzione ha previsto alcune Regioni a «statuto speciale», per meglio fronteggiare le profonde differenze linguistiche, storico-culturali e socio-economiche di determinate aree della Penisola. La differenziazione delle Regioni speciali rispetto a quelle ordinarie, sul piano del diritto positivo, si è riversata nella differente fonte di regolazione degli enti medesimi. Gli statuti delle prime, sono adottati con legge costituzionale, quelli delle seconde, invece, sono atti di auto-organizzazione approvati all'interno dei rispettivi Consigli regionali. Con lo stesso processo dall'alto verso il basso, la Costituzione italiana ha uniformemente distribuito, tra tutte le Regioni, le competenze legislative – eccezion fatta per le Regioni a statuto speciale che, come accennato, si sono caratterizzate non solo per un diverso procedimento di formazione dei loro statuti ma anche per una sostanziale e non indifferente asimmetria nell'esercizio delle competenze legislative – (Bifulco, 2004). Tale processo di omogeneizzazione per le Regioni a statuto ordinario e di differenziazione per le Regioni speciali è stato parzialmente stravolto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 che ha ridotto il divario, rispetto al grado di autonomia, delle prime sulle seconde ma ha altresì, per molti aspetti, mantenuto in piedi il rigido principio di omogeneità tra i diversi enti regionali pur inserendo non secondari aspetti di differenziazione. Tra questi, con l'intento di attenuare il principio della simmetria giuridica sulle competenze legislative, si annovera la riscrittura dell'articolo 116 della Costituzione (Cariola, Leotta, 2006).

In Spagna le fattuali e marcate differenze territoriali si sono tradotte, sul piano giuridico, in una serie di disposizioni tese a modellare, flessibilmente, il sistema ordinamentale. La distribuzione territoriale del potere si basa sulla compresenza del principio «autonomico» (articolo 2 CS) e di quello «dispositivo» (articolo 147 CS). I costituenti spagnoli si sono quindi preoccupati di

¹ Il ritaglio delle circoscrizioni regionali, espressamente elencate all'articolo 131 della Costituzione, ricalcò, infatti, uno studio statistico svolto da Pietro Maestri nel 1863 (GAMBI, 1964).

stabilire i procedimenti di formazione delle autonomie regionali e la loro sfera di competenza che varia a sua volta in relazione allo stesso procedimento formativo (Aparicio, 1992). L'elemento dispositivo consente, in buona sostanza, un diverso accesso all'autonomia sulla base di un autonomo atto di volontà delle comunità territoriali, mediante un processo specularmente opposto a quanto è avvenuto in Italia, ossia di tipo *bottom-up*. Infatti la Costituzione spagnola riconosce alle Comunità autonome una competenza legislativa che è caratterizzata da differenti ampiezze, in virtù di una impossibile omogeneizzazione *ex ante*, in presenza di una marcata differenziazione, prima ancora che giuridica, storica. Per dirla con parole già usate, quindi, in Spagna «la forma di Stato, infatti, risulta decostituzionalizzata, perché la Costituzione si limita a definire i limiti istituzionali e procedurali, rinviando al futuro la sua concreta e progressiva definizione attraverso gli EEAA» (Bifulco, 2012, 72).

In questo contesto l'ordinamento spagnolo ha legato indissolubilmente il concetto di autonomia con quello di differenziazione, delineando un modello flessibile, ossia «asimmetrico».

Nei due ordinamenti presi in considerazione, ferma restando una diversa distribuzione delle competenze tra Stato e Regioni (la cui comparazione tra le modalità attraverso cui avviene la ripartizione delle materie legislative richiederebbe una autonoma trattazione)² l'attivazione dell'articolo 116 della nostra Costituzione ci avvicinerebbe sensibilmente al modello spagnolo, comportando la trasformazione del sistema ordinamentale verso il superamento dell'indistinta omogeneità delle competenze e la valorizzazione del principio di differenziazione tra le Regioni.

In sintesi con la riformulazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione italiana, si rinviene anche qui un principio dispositivo che attribuisce alle Regioni a statuo ordinario una facoltà alla differenziazione al fine di permettere loro di acquisire maggiori titoli competenziali per meglio governare il territorio di appartenenza (Lanza, 2014)³.

3. PROCEDIMENTI DEVOLUTIVI A CONFRONTO

L'originaria e diversa ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni/Comunità autonome, previste dalla due Carte costituzionali, si è riflessa

² Sul punto si rinvia all'opera monografica di BIFULCO (1995).

³ Per una trattazione sui contenuti e i termini della differenziazione si veda, invece, ANTONINI (2000).

sulla altrettanta diversità di accesso alla autonomia e all'esercizio delle competenze legislative. Il processo italiano verso l'istituzione delle Regioni è stato lento e connotato, sin dalle sue origini, da una sostanziale omogeneizzazione nel riparto delle funzioni (sia amministrative che legislative). Esso in relazione al dinamismo di alcune Regioni potrà traghettare il sistema ordinamentale italiano in una nuova stagione caratterizzata da un processo di sostanziale differenziazione. In Spagna, diversamente, il processo *autonomico* si è caratterizzato per una intensa velocità che ha visto il sorgere, in breve tempo, di numerose Comunità autonome che a loro volta, in altrettanto poco tempo, hanno raggiunto il massimo grado di autonomia. Qui la differenziazione di partenza, per l'accesso alla autonomia, è sfociata in pochi anni, in una sostanziale omogeneizzazione tra le Comunità autonome (Porrás Nadales, 2004, 22).

Come affermato poc' anzi, nel nostro ordinamento lo slancio per il perseguimento di una trasformazione del sistema regionale è oggi rappresentato dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione. La sottoscrizione degli Accordi preliminari – intervenuta nel febbraio del 2018 – tra il Governo e le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto, per l'attuazione del c.d. «regionalismo differenziato», offre l'occasione per riflettere sulle modalità procedurali in vista dell'attuazione della disposizione costituzionale in esame⁴.

L'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, come detto, stabilisce che alle Regioni ordinarie possano essere attribuite, nelle materie di competenza concorrente e in alcune materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia». Nel confronto tra lo Stato e le Regioni, volto a siffatto processo devolutivo, il medesimo articolo non definisce né la forma né la procedura da intraprendere, limitandosi a stabilire che spetta alle Regioni, da un lato, l'iniziativa procedimentale e alla legge dello Stato, dall'altro, attuare concretamente il trasferimento delle materie. La legge dello Stato dovrà essere approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di una previa intesa fra lo Stato stesso e la

⁴ Lo scorso 28 febbraio 2018, nella sala Verde di Palazzo Chigi è stato siglato un accordo preliminare tra il Governo e le Regioni interessate in merito all'intesa prevista. Gli accordi hanno per oggetto i principi generali, la metodologia e le materie per l'attribuzione alle Regioni che ne hanno fatto richiesta tramite atto formale dei loro organi, di maggiori forme di autonomia differenziata, ai sensi dell'art 116, terzo comma, della Costituzione. Il testo dell'accordo preliminare è disponibile sul sito istituzionale del Dipartimento per gli affari regionali e le autonomie. Sul punto va altresì segnalato che, sulla scorta di questi accordi preliminari, anche altre Regioni hanno espresso l'intenzione di intraprendere il procedimento devolutivo.

Regione interessata, sentiti gli enti locali⁵. Il momento concertativo tra i due diversi livelli di governo è dunque da rinvenire nell'intesa propedeutica alla presentazione del disegno di legge da approvare all'interno dei due rami del Parlamento ma l'intricato e complesso procedimento relativo ai tempi e ai modi è rimesso sostanzialmente alla libertà delle istituzioni coinvolte. Il legislatore costituzionale del 2001 ha, infatti, lasciato un certo margine di discrezionalità nella fissazione del modello pattizio. Né tantomeno la legislazione ordinaria di attuazione del riformato Titolo V (legge 5 giugno 2003, n. 131), ha provato a delineare i contorni essenziali relativi alle procedure di trasferimento delle funzioni legislative e amministrative dallo Stato alle Regioni di volta in volta interessate⁶. Sostenendo in ogni caso la diretta applicabilità della disposizione costituzionale in oggetto (Caravita, 2002), l'assenza di una disciplina legislativa ordinaria attuativa ha il pregio di lasciare un certo margine di libertà agli attori in gioco, che ben potranno modellare i procedimenti devolutivi sulla base delle singole richieste delle Regioni anche e soprattutto alla luce dei diversi quadri politico-istituzionali che di volta in volta si avvicendano⁷.

In Spagna, il citato principio dispositivo, prevede tre e distinti livelli per l'attribuzione delle sfere di competenza. Il primo livello è caratterizzato da una clausola di residualità mediante cui si afferma che tutte le materie non espressamente attribuite allo Stato, ai sensi dell'articolo 149, primo comma, potranno attribuirsi alle Comunità Autonome in virtù dei rispettivi Statuti. La competenza nelle materie che non siano assunte dagli Statuti di Autonomia, spetterà allo Stato, le cui norme in caso di conflitto prevarranno su quelle delle Comunità Autonome per quanto non venga attribuito alla loro competenza esclusiva. A differenza del modello italiano, quindi, la clausola di residualità non è di per sé automaticamente attribuita del potere legislativo in capo alle Comunità in quanto esse dovranno essere previste e auto-attribuite nei diversi Statuti solo dopo che sia decorso un termine di cinque anni dalle istituzioni delle stesse. Il secondo livello competenziale fa perno sull'articolo 148 attraverso il quale la costituzione fissa uniformemente e tassativamente le competenze delle Comunità autonome. Il terzo livello, invece, prevede che lo Stato potrà, con legge organica, trasferire o delegare alle Comunità Autonome facoltà corrispondenti a materie spettanti allo Stato che per loro natura siano suscettibili di trasferimento o delegazione. La legge in ogni caso prevedrà il

⁵ Per un'analisi sulle implicazioni del regionalismo differenziato si veda su tutti CARLONI (2004) e BIN (2008).

⁶ Sin dall'entrata in vigore della riforma costituzionale del 2001 alcuni commentatori hanno subito evidenziato le difficoltà applicative della disposizione in esame. Sul punto ANZON DEMMIG (2008).

⁷ In questo senso si veda CECCHETTI (2002).

corrispondente trasferimento di mezzi finanziari, così come le forme di controllo che lo Stato si riserva.

Il carattere sostanzialmente aperto delle competenze legislative attribuibili alle Comunità autonome si lega inscindibilmente con il procedimento di formazione delle stesse. Il Costituente spagnolo, quindi, ha preferito inserire un modello flessibile non solo per l'attribuzione delle competenze legislative ma anche, e soprattutto, per la creazione delle Comunità autonome con un alto tasso grado di differenziazione tra le realtà locali. In questo senso lo stato autonomo spagnolo è stato definito asimmetrico (López Aguilar, 1999). Nel procedimento di formazione delle Comunità autonome si possono rivenire, non già tre livelli, ma bensì tre distinti procedimenti attraverso i quali, a norma della costituzione, si giunge ad altrettanti gradi di autonomia legislativa. Il primo procedimento (articolo 143) prevede l'istituzione di una Comunità autonoma da province limitrofe per il tramite di un consenso di almeno due terzi dei comuni rientranti all'interno dei territori provinciali che rappresentano almeno la maggioranza degli elettori in ogni provincia. Con tale procedura la neoistituita Comunità accede al livello di autonomia previsto dall'articolo 148. La seconda procedura prevede che province limitrofe possano istituire una Comunità autonoma nel caso in cui almeno i tre quarti dei comuni ne siano favorevoli. Per il buon esito della procedura tale proposta è sottoposta ad un referendum che dovrà essere approvato dalla maggioranza assoluta degli elettori di ciascuna provincia. Le Comunità autonome così costituite accedono al massimo grado di autonomia legislativa, ossia quella di cui all'articolo 149 della Costituzione. Una terza procedura, che fu prevista dalla seconda disposizione della Costituzione spagnola, ha consentito alle «nazionalità storiche» di costituirsi in via immediata Comunità autonome, accedendo, sin da subito, alla più ampia sfera di autonomia costituzionalmente prevista.

L'ordinamento spagnolo, a differenza di quello italiano ha, all'indomani dell'approvazione della nuova Costituzione, dovuto costruire il processo di decentralizzazione e non già attuare un modello costituzionalmente orientato. Il processo politico e giuridico di decentramento delle competenze (dallo Stato alle Comunità autonome) si è articolato grazie a diversi accordi tra le forze politiche nazionali e locali. Da tali accordi sono scaturiti i c.d. «patti autonomici» mediante i quali le diverse Comunità autonome hanno via via acquisito tutte le competenze legislative previste dalla Costituzione (Girón Reguera, 2006). Con questi patti, nel corso di un decennio, la previsione di una iniziale asimmetria regionale è giunta ad un generale processo di omogeneizzazione con il quale a tutte le Comunità è stata garantita la più ampia autonomia legislativa (Antonini, 2008, 15).

4. IL SISTEMA DEI RACCORDI INTER-SOGGETTIVI NEL NEO-POLICENTRISMO ISTITUZIONALE

Un altro punto concerne la riflessione sui raccordi istituzionali tra lo Stato e gli enti territoriali all'interno di un sistema ordinamentale non più basato sull'omogeneità e sull'uniformità delle competenze ma bensì sull'asimmetria tra Regione e Regione. I modelli concertativi e le sedi di raccordo tra i diversi livelli di governo attualmente presenti dovranno o meno essere ripensati alla luce delle evoluzioni del nostro sistema regionale?

I due ordinamenti presi congiuntamente in considerazione scontano un limite comune: la mancanza, a livello nazionale, di una seconda camera legislativa quale effettiva sede di rappresentanza degli interessi locali.

L'ordinamento spagnolo, che come detto si caratterizza per aver costituzionalizzato un processo regionale e non già un sistema, non era così articolato a tal punto da giustificare una più accentuata «territorializzazione» del Senato (Curreri, 2005). Infatti, nonostante l'articolo 69 della Costituzione qualifichi espressamente il Senato come organo di rappresentanza territoriale, solo un quinto dei suoi membri è espressione diretta delle comunità autonome. L'attuale composizione, unita ai deboli poteri che lo stesso Senato dispone, ha di fatto sconfessato la missione istituzionale per la quale esso fu istituito (Iacometti, 2014). Si può, quindi, pacificamente affermare che in Spagna «la Costituzione non ha previsto nessun meccanismo di cooperazione tra i diversi enti che formano l'ordinamento spagnolo, eccezion fatta per le convenzioni orizzontali tra le Comunità autonome» (Pastori, 1993, 101).

Si è faticosamente tentato di colmare tale lacuna con la creazione di numerosi strumenti ed organi (Conferenze e convenzioni) che stentano ad offrire adeguate soluzioni. Il sistema delle conferenze, quindi, è stato delineato con l'obiettivo di ovviare all'incapacità del Senato di configurarsi come una Camera concretamente rappresentativa delle istanze territoriali. Gli strumenti della cooperazione si sono generalmente strutturati su due livelli (orizzontale e verticale) con diversi gradi di coinvolgimento delle istituzioni via via coinvolte (conferenze bilaterali o multilaterali) (Rojo Salgado, 2006).

Il principale strumento della dimensione cooperativa è stata la politica, che dando vita ai già citati patti autonomici, ha predisposto, e in un certo senso anticipato, i contenuti delle riforme normative e statutarie.

È stato compito del legislatore ordinario e delle singole comunità autonome creare strutture di collegamento e di costante dialogo tra il centro e la periferia. Una tassonomia delle sedi deputate al raccordo tra i diversi livelli di governo non è qui utile. In ogni caso si può genericamente affermare che il

disegno organizzativo che si è affermato sconta alcuni limiti: l'informalità dei raccordi tra il centro e la periferia; la forte resistenza all'affermazione di pratiche cooperative di tipo orizzontale; la frammentazione delle forme di raccordo che si accompagnano all'assenza di un organo centrale di rappresentanza (Griglio, 2008, 313).

«L'Italia è forse il paese nel quale, con successivi provvedimenti nell'arco di un ventennio, il sistema delle conferenze ha progressivamente acquisito il più alto tasso di istituzionalizzazione e, insieme, di razionalizzazione [...]» (Carrozza, 2014, 800) ma anche il nostro Paese si caratterizza per una «colposa dimenticanza» di strumenti di raccordo idonei a garantire un costante dialogo tra lo Stato e le autonomie territoriali. Esclusa la commissione parlamentare per le questioni regionali (dove persiste la mancata attuazione dell'articolo 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001) le sole modalità di raccordo tra il centro e la periferia hanno coinciso, nella prima fase di vita di tali enti, con il regime dei controlli sulle leggi e sugli atti amministrativi dello Stato nei confronti degli enti territoriali (Merloni, 2001, 175), per poi approdare, faticosamente, alla previsione di una serie di sedi per il raccordo tra lo Stato e le Regioni (Conferenze) all'interno delle quali hanno giocato un ruolo da protagonisti i vertici degli esecutivi.

Tra queste sedi di raccordo è opportuno segnalarne una: la Conferenza Stato-Regioni. Essa è stata integralmente ripensata con il decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 (attuativo della delega contenuta nella l. n. 59 del 1997) che ne ha potenziato il ruolo ma che sconta l'indefettibile limite di essere una sede di rappresentanza degli esecutivi e non già degli organi legislativi. Tale Conferenza ha sostanzialmente funzionato bene in un contesto in cui tutte le Regioni hanno goduto, e godono tutt'ora, di una sostanziale e uniforme attribuzione delle diverse competenze legislative. In un futuro regionalismo differenziato, tale sede sarà ancora quella maggiormente deputata ad assolvere tale compito?

Infine in relazione al provvedimento devolutivo di cui all'articolo 116 della Costituzione, negli accordi preliminari già citati si è ipotizzato che «l'attribuzione delle risorse finanziarie, umane e strumentali necessarie all'esercizio di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, trasferite o assegnate dallo Stato alla Regione, saranno determinate da una apposita Commissione paritetica». Gli stessi schemi hanno altresì previsto, all'articolo 3, che la possibile intesa potrà disciplinare anche la verifica e il monitoraggio della stessa. Sul punto si ritiene di individuare, al fine di una completa razionalizzazione delle strutture da impiegare nel trasferimento delle funzioni, un'unica sede organizzativa all'interno della quale operare la

verifica e il monitoraggio dell'intesa tra lo Stato e la singola Regione e il progressivo e continuo rispetto dell'articolo 119 della Costituzione, relativo all'autonomia finanziaria.

Il rischio da evitare è, in buona sostanza, la proliferazione di strutture di raccordo bilaterali o multilaterali tra lo Stato e le Regioni in un futuro e possibile contesto di differenziazione.

5. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Nel raffronto sommario tra i due ordinamenti, i cui limiti della presente trattazione non ne consentono uno studio esaustivo, emergono sostanziali differenze ma anche evoluzioni simili e rischi comuni:

a) se in uno stato policentrico la distribuzione delle competenze tra il centro e la periferia è un punto nodale attorno al quale ruota il sistema, lo è altrettanto la necessità di garantire idonee strutture di coordinamento tra lo Stato e le autonomie territoriali per assicurare la reale collaborazione all'interno di un ordinamento multilivello. Condividendo l'approccio teorico della Political safeguards of federalism (Wechsler, 1954), secondo cui il grado di cooperazione politica rappresenta il principale baluardo per la difesa e il riconoscimento dell'autonomia, la completa trasformazione delle seconde camere, quali sedi di reale rappresentanza dei territori, sembra un obiettivo non più rinviabile;

b) se in Spagna lo strumento attraverso il quale viene garantita l'autonomia degli enti territoriali è rappresentato da leggi organiche di competenza statale, non può in ogni caso negarsi l'autonoma determinazione, da parte delle Comunità autonome, di decidere quali competenze legislative effettivamente esercitare attraverso un procedimento dal basso che spinga le stesse collettività locali a deciderne le competenze (De Vergottini, 2011, 447). In Italia l'omogeneizzazione delle competenze ha impedito tale autonoma scelta. L'articolo 116, terzo comma della Cost., si avvicina però molto al sistema spagnolo in quanto il processo devolutivo è azionabile da ciascuna Regione. Tale procedura si caratterizza, quindi, per una iniziativa «dal basso» (manganaro, 2016);

c) in relazione alla circoscrizione delle Regioni italiane il paragone con il sistema spagnolo ci porta ad affrontare un problema di ordine generale: l'artificialità, nel nostro Paese, dell'ente territoriale Regione. Disciplinare il processo piuttosto che istituire, ex lege, l'ente ha favorito, e favorisce, una mag-

giore e più idonea integrazione tra i diversi territori il cui Governo è frutto di una comunanza storica e culturale. Lo strumento per superare le Regioni statistiche nel nostro ordinamento c'è ed è rappresentato dall'articolo 132 della Carta. Esso disciplina, al primo comma, la possibilità di disporre la fusione di Regioni già esistenti (così come la creazione di nuove Regioni) e, al secondo comma, consente alle Province e ai Comuni, che ne facciano richiesta, il passaggio da una Regione ad un'altra. La maggiore, o minore, competenza legislativa delle Regioni, in virtù della devoluzione di cui all'articolo 116 Cost., potrebbe comportare, a mio avviso, una forte contendibilità tra gli stessi territori regionali e una rincorsa, per gli enti locali, a confluire all'interno di quelle Regioni dotate di una maggiore autonomia in grado di valorizzare e di assicurare il più ampio decentramento amministrativo. In presenza di un legislatore poco sensibile al tema, combinati insieme i due strumenti costituzionalmente previsti (articolo 116 e articolo 132) si può definitivamente superare il «peccato originale» dell'artificialità regionale per giungere a una forma di Stato al cui interno sia dia una reale rappresentanza e un effettivo Governo alle diverse «nazionalità» italiane, pur sempre nel rispetto dei principi di unità della Repubblica e di solidarietà. Parallelamente andrebbe ripensata, e seriamente discussa, la persistenza della «specialità» di alcune Regioni italiane;

d) in questa sede si è messa in evidenza una comune tendenza ai due sistemi istituzionali: l'asimmetria porta ad una comune rivendicazione nella volontà di accesso alla più ampia autonomia. Tale spinta provoca, inevitabilmente, una omogeneizzazione delle competenze. Il raggiungimento dell'omogeneizzazione, a sua volta, spinge ad una nuova richiesta di differenziazione, il cui esito può risultare incerto, e forse anche pericoloso (Herrero y Rodríguez de Miñón, 2002, 125);

e) infine, l'ultimo punto ruota intorno alla sostenibilità della differenziazione in un ordinamento caratterizzato dall'unità e dall'indivisibilità. In Italia il discorso è ancora assai poco sviluppato ma prima di incamminarci verso un modello asimmetrico, sembra preliminarmente opportuno chiederci fino a che punto tale sistema potrà essere sostenibile, non solo finanziariamente, ma anche e soprattutto culturalmente (Giuffrè, 2002).

6. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ANTONINI, L. (2000), *Il regionalismo differenziato*, Giuffrè, Milano.

— (2008), «Metodo della differenziazione versus metodo dell'uniformità», in Mastroromano, A.; Castella Andreu, J. M. (a cura di), *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto*, Giuffrè, Milano.

- ANZON DEMMIG, A. (2008), «Quale regionalismo differenziato?», in *Le istituzioni del federalismo*, n.1.
- APARICIO, M. A. (1992), *Lineamenti di diritto costituzionale spagnolo*, Giappichelli, Torino.
- BIFULCO, R. (1995), *La cooperazione nello stato unitario composto*, Cedam, Padova.
- (2004), *Le Regioni*, Il Mulino, Bologna.
- (2012), *Ordinamenti federali comparati*, Giappichelli, Torino.
- BIN, R. (2008), «“Regionalismo differenziato” e utilizzazione dell’art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito», in *Le istituzioni del federalismo*, n.1.
- CARAVITA, B. (2002), *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Giappichelli, Torino.
- CARIOLA, A.; LEOTTA, F. (2006), «Art. 116», in Bifulco, R.; Celotto, A.; Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Utet giuridica, Torino.
- CARLONI, E. (2004), *Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Giappichelli, Torino.
- CARROZZA, P.; DI GIOVINE, A.; FERRARI, G. F. (a cura di) (2014), *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Bari.
- CECCHETTI, M. (2002), «Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune», in *Federalismi.it*.
- CURRERI, S. (2005), *Partiti e gruppi parlamentari nell’ordinamento spagnolo*, Firenze University Press, Firenze.
- D’IGNAZIO, G. (2007), «Integrazione europea e tendenze asimmetriche del “neoregionalismo” in Italia», in D’Ignazio, G. (a cura di), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Giuffrè, Milano.
- DE VERGOTTINI, G. (2011), *Diritto Costituzionale comparato*, Cedam, Padova.
- GAMBI, L. (1964), «L’equivoco tra comportamenti statistici e regioni costituzionali», in *Questioni di geografia*, Editoriale scientifica, Napoli.
- GIRON REGUERA, E. (2006), «Esperienze e prospettive del regionalismo in Spagna», in www.crdc.unige.it/docs/articles.
- GIUFFRÈ, F. (2002), *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- GRIGLIO, E. (2008), *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Cedam, Padova.
- HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M. (2002), «Il federalismo asimmetrico: il caso spagnolo», In Caravita, B. (a cura di), *Le regioni in Europa, esperienze costituzionali a confronto*, Giampiero Casagrande editore, Roma.
- IACOMETTI, M. (2014), «La Spagna», in Carrozza, P.; Di Giovine, A.; Ferrari, G. F. (a cura di) (2014), *Diritto Costituzionale comparato*, Laterza, Bari.
- LANZA, E. (2014), «Asimmetria, differenziazione e specialità regionale: modello generale e casi particolari a confronto», in *Revista general de Derecho Constitucional*, n. 18.

- LÓPEZ AGUILAR, F. (1999), *Lo stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella costituzione spagnola del 1978*, Cedam, Padova.
- MANGANARO, M. (2016), «L'evoluzione del regionalismo differenziato alla luce delle riforme costituzionali. Alcune osservazioni sul punto in comparazione con il modello territoriale spagnolo», in *Consulta online*, fasc. III.
- MERLONI, F. (2001), «I raccordi tra Stato, Regioni e enti locali», in Berti, G.; De Martin G. C. (a cura di), *Le autonomie territoriali dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale* (atti del convegno – Roma 9 gennaio 2001), Luiss Guido Carli, Roma, Quaderno n. 20.
- PASTORI, G. (1993), *Accordi e intese nell'ordinamento regionale*, Franco Angeli, Milano.
- PORRAS NADALES, A. J. (2004), «Il regionalismo differenziato: sfide e prospettive. (Un bilancio dall'esperienza spagnola)», in Dominici, D.; Falzea, G.; Moschella, G. (a cura di), *Il regionalismo differenziato. Il caso italiano e spagnolo*, Giuffrè, Milano.
- ROJO SALGADO, A. (2006), «La riforma in senso federalista del modello spagnolo delle autonomie Il miglioramento delle relazioni intergovernative», in *Le istituzioni del federalismo*. n. 1.
- ROLLA, G. (2005), «La costruzione dello Stato delle autonomie. Considerazioni sintetiche alla luce dell'esperienza italiana e spagnola», in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5.
- VOLPI, M. (2016), «La classificazione delle forme di Stato», in Morbidelli, G.; Pegoraro, L.; Rinella, A.; Volpi, M., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino.
- WECHSLER, H. (1954), «The political Safeguards of Federalism: the role of States in the composition and selection of the Natural government», in *Columbia Law Review*, 54.

IL REGIONALISMO DIFFERENZIATO ITALIANO E LE RECENTI INIZIATIVE (REFERENDARIE E NON)

MATTEO TRAPANI*
Università di Pisa

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'art. 116.3 ed il rapporto Stato-Regioni. 2.1 Le recenti applicazioni: la natura del referendum ed il «percorso» giurisprudenziale della Corte Costituzionale. Tra incidenza sul nesso politico Stato-Regioni e la sua sostanziale ininfluenza. La politicizzazione delle richieste o la richiesta di politicizzazione dell'istituto? 2.2 Gli accordi preliminari. Un lascito per non dimenticare. 2.3 Le intese (e qualche dubbio). 3. Conclusioni. 4. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE

In Italia, come in altri Paesi europei, le iniziative delle autonomie territoriali volte ad incrementare la propria autonomia hanno visto una significativa e progressiva crescita negli ultimi anni.

Il sistema di «regionalismo differenziato», presente in Italia sin dall'entrata in vigore della Costituzione soltanto per cinque Regioni mediante la previsione della «specialità» degli Statuti, ha trovato una sua ulteriore affermazione con la riforma del Titolo V (Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) che ha introdotto, tra gli altri, all'art. 116, terzo comma, la possibilità di attribuire

* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale presso l'Università di Pisa.

alle regioni a statuto ordinario ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia (Antonini, 2001; Cecchetti, 2002).

Dal 2001 si ha quindi un quadro più complesso che aggiunge alle autonomie speciali e a quelle ordinarie un terzo *status*, quello dell'autonomia «ponderata» (Toniatti, 2017, 636) o più semplicemente quello dell'autonomia differenziata. La portata innovativa delle riforme a cavallo degli anni 2000 non sono solamente normative, ma più squisitamente politiche e di visione istituzionale (De Marco, 2003, 353 ss.). L'intento del legislatore era quello infatti di superare un centralismo, in varie occasioni sostenuto anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, verso un rafforzamento dell'autonomia esercitabile in concreto da parte delle Regioni, inserendo il tutto in un circuito di competizione «virtuosa» tra i vari sistemi.

Questo cambio di prospettiva, che ha caratterizzato l'intera riforma del Titolo V, è dovuta a molteplici fattori politici, economici e sociali che hanno influenzato il legislatore ed hanno aperto ad una stagione nuova del regionalismo italiano.

Proprio nel mese di settembre il processo di attivazione dell'art. 116, terzo comma, ha riscontrato una forte «accelerazione» tanto che, tra l'altro, l'Emilia Romagna ha da pochi giorni approvato il progetto che include numerose materie (stesso percorso è possibile registrare per le iniziative delle altre due Regioni).

2. L'ART. 116.3 ED IL RAPPORTO STATO-REGIONI

Il primo cambiamento effettivo ha riguardato la concezione duale del rapporto Stato-Regioni, inserendo nella dialettica la sussistenza ed il funzionamento anche degli altri enti locali che compongono l'ordinamento. Tale innovazione, come osservato da molti (Mangiameli, 2017), ha però lo scopo principale di identificare l'assetto istituzionale più idoneo a proteggere gli interessi nazionali tanto che, come vedremo, nello stesso processo di «ponderazione» e differenziazione delle competenze il ruolo dello Stato (sia governo che Parlamento) risulta centrale al fine dell'effettiva attuazione dell'art. 116, terzo comma.

L'intento dell'Assemblea Costituente, sopito dal tempo dalla giurisprudenza e dalla prassi, di ampliare il novero dei livelli di competenza decisionale oltre quello statale, ha riconosciuto, almeno sulla carta e per un breve iniziale periodo, una nuova centralità dopo la riforma del titolo V.

L'art. 116, terzo comma, prevede che tale maggiore autonomia possa essere chiesta solo relativamente alle materie di potestà legislativa concorrente (art. 117, terzo comma) e ad altre specifiche materie di potestà legislativa esclusiva statale, quali l'organizzazione della giustizia di pace, le norme generali sull'istruzione, la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, secondo comma, lett. l, n, s). Oltre ai limiti sostanziali delle competenze che possono essere oggetto di tale richiesta, vi sono altresì limiti procedurali che sono fissati in Costituzione, al fine di garantire una modifica dell'autonomia solo con la compartecipazione degli organi di governo locale, del governo e del parlamento, dato l'effetto che una simile decisione può avere sull'intero ordinamento e non solamente sulla popolazione «interessata territorialmente». Il procedimento, in breve, prevede un'iniziativa regionale presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro per gli affari regionali a seguito di un coinvolgimento degli enti locali interessati, un'intesa fra Stato e Regione al seguito della quale dovrà essere approvata una legge che recepisca i contenuti dell'intesa (nel rispetto dei principi di cui all'art 119 Cost.) a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera.

La stessa procedura da seguire non è ben definita in molti suoi aspetti e solo la prassi recente, seppur con elementi di differenziazione sui quali torneremo, ne ha delineato una sua organicità.

Proprio tale procedimento «rinforzato», come già detto, è indice della complessità degli interessi da bilanciare che coinvolgono non solamente il livello territoriale bensì l'intero ordinamento.

Il procedimento, così come previsto in Costituzione, valorizza tre differenti interessi mediante una compartecipazione nella definizione delle materie e delle modalità oggetto delle intese. La Regione, in *primis*, è l'attrice che «propone» l'avvio del procedimento – essa stessa stabilisce altresì quale sia l'organo competente a farla nell'ambito dell'autonomia statutaria – a seguito di consultazione con gli enti locali coinvolti (e di qui il secondo interesse, quello delle autonomie territoriali che sono i principali enti coinvolti in un eventuale aumento delle competenze regionali dato il carattere delle nuove attribuzioni). Così gli interessi regionali e locali entrano «in contatto» con l'esigenza unitaria e di interesse nazionale rappresentate prima dal Governo (il quale verifica anche la compatibilità economica ed istituzionale delle richieste) e successivamente, terminati i «negoziati», con il Parlamento chiamato ad approvare il disegno di legge che recepisce i contenuti dell'intesa.

Le materie interessate sono principalmente quelle di competenza concorrente ove la flessibilità e l'interazione Stato-Regione hanno definito già una differenziazione regionale che può, anche alla luce delle recenti iniziative, rap-

presentare la proiezione di quell'interesse unitario che fonda l'organizzazione istituzionale e costituzionale.

Come noto, questo intento di «valorizzazione» delle differenti «velocità» regionali – una sorta di Italia a «più velocità» –, basato quindi sull'idea di un virtuosismo di alcuni sistemi regionali, non è in linea con quanto il legislatore ha portato avanti, fin dagli anni dell'inizio della crisi economica e delle riforme emergenziali, con la riforma delle Province (la cosiddetta riforma Delrio) e con il complesso progetto di riforma costituzionale bocciato in sede di referendum. Proprio tale progetto, nel voler superare la riforma del Titolo V, identificava, sin dai lavori preparatori, nella difficoltà delle regioni di garantire i servizi principali, l'intento di ricentralizzare la maggior parte delle competenze a scapito quindi dell'autonomia regionale.

Il pendolo, quindi, ha ripreso a muoversi risvegliando l'attenzione per le regioni alla ricerca di un loro più ampio spazio (Bifulco, Cecchetti, 2017, 757) «scardinando», se non addirittura aprendo la strada ad una nuova stagione di regionalismo «ponderato» (Dainotti, Violini, 2018, 712), il sistema che si basava sulla contrapposizione tra Regioni a Statuto speciale e Regioni a Statuto ordinario (Nastasi, 2018).

Tale decisione riapre la discussione, avvenuta anche in altri paesi europei tra i quali la Spagna (si veda ad esempio la vicenda catalana e la decisione STC 259/2015), delle istanze indipendentiste ed autonomiste anche in Italia (Comella, 2015).

2.1 Le recenti applicazioni: la natura del referendum ed il «percorso» giurisprudenziale della Corte Costituzionale. Tra incidenza sul nesso politico Stato-Regioni e la sua sostanziale ininfluenza. La politicizzazione delle richieste o la richiesta di politicizzazione dell'istituto?

L'articolo 116, tuttavia, non ha trovato da subito una sua facile applicazione anche a causa, come detto, dell'acuirsi della spinta centripeta, come risposta alla crisi economica ed alla necessità di «vigilare» circa i limiti imposti dal sistema eurounitario. I primi tentativi, tutti falliti, furono intrapresi dalla Toscana (2003), dalla Lombardia e dal Veneto (2006/2007), dal Piemonte (2008), e si sono «bloccati» nel momento dell'interlocuzione tra Regione e governo sia per i limiti sopra esposti sia per «questioni politiche» che hanno trovato contrapposte maggioranze divergenti tra il livello regionale e quello statale.

Differenti gli esiti, ad oggi delle iniziative intraprese negli ultimi mesi dalle Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto e sul quale ci soffermeremo ulteriormente anche a seguito delle recenti evoluzioni che hanno portato dapprima alla firma di tre «accordi preliminari» (della cui cogenza giuridica si può legittimamente dubitare fortemente) e successivamente ad atti consiliari che, recependo ed integrando gli accordi preliminari, invitano gli esecutivi regionali ad intraprendere un percorso di trattativa con il Governo.

Le modalità con le quali le tre regioni hanno intrapreso l'iniziativa ex art. 116 sono differenti tra loro e sono ad oggi oggetto di studio e dibattito in Italia (Morelli, 2017, 321; Napolitano, 2018).

Primariamente è da segnalare come la Lombardia e il Veneto abbiano inteso avviare la procedura in modo quantomeno irrituale, attraverso un referendum consultivo, prodromico alla richiesta di avvio delle «trattative» con il Governo, mentre l'Emilia Romagna ha proceduto fin da subito con l'approvazione di una risoluzione che impegnava il Presidente della Regione ad avviare le trattative.

La natura del referendum, sì consultivo ma non previsto dalla Costituzione, non sostituisce certamente il coinvolgimento degli enti locali ma può rappresentare una iniziativa esterna o precedente all'intero provvedimento prestabilito dall'art 116. La Corte, nel tempo, con numerose sentenze, aveva «dubitato» sull'utilizzo dello strumento referendario al fine di «indirizzare» la dialettica tra gli organi competenti a legiferare. Basti ricordare le sentenze n. 256 del 1989 e n. 470 del 1992 secondo cui un referendum, seppur non vincolante negli esiti, esercita una propria influenza sulle varie fasi del procedimento fino a condizionarne la stessa discrezionalità della scelta. Tutto ciò, come sostiene la Corte, rischierebbe di influire negativamente sull'ordine costituzionale e politico dello Stato (Bonomi, Rodio, 2017, 4). Tale giurisprudenza, criticata in dottrina (Zanon, 1992, 4271), è stata superata da una recente sentenza, la n. 118 del 2015, inerente ai referendum oggetto di questa trattazione, ove, seppur si riconosca una volontà da parte della Regione di voler «rafforzare» le proprie eventuali richieste nei confronti dello Stato, tuttavia non si ravvisa una violazione poiché il referendum non si inserisce nel procedimento di formazione della volontà delle Camere ma in un momento procedurale antecedente, completamente rimesso alla discrezionalità regionale.

In precedenza la stessa Corte, con la sent. n. 496 del 2000 aveva dichiarato l'illegittimità la legge della Regione Veneto, approvata l'8 ottobre 1998, sul «Referendum consultivo in merito alla presentazione di proposta di legge costituzionale per l'attribuzione alla Regione Veneto di forme e condizioni particolari di autonomia». La Corte, richiamando la necessità del rispetto dei

limiti dell'unità e sul rischio dell'utilizzo strumentale del referendum costituzionale come mezzo per accordare al «popolo» un ruolo di «populsore di innovazione costituzionale» in contrasto quindi, non solamente sostanziale ma anche formale¹.

Proprio da tale episodio è possibile verificare come la questione non sia in alcun modo paragonabile, se non ai soli fini politico-propagandistici, a quanto avvenuto in altri Paesi, la Spagna in primis, ove il coinvolgimento della popolazione è stata ampia ed effettiva mediante la previsione di un referendum senza quorum ma vincolante (Tega, 2016, 11).

In secondo luogo gli stessi quesiti sottoposti a referendum risultano essere di diversa natura. La Regione Lombardia, infatti, ha sottoposto agli elettori un quesito che nulla aggiungeva a quanto statuito dall'art 116, terzo comma, chiedendo sostanzialmente se erano favorevoli all'avvio del procedimento. L'esito, non essendo previsto un quorum, è risultato favorevole (ha partecipato il 38,34% degli aventi diritto).

La Regione Veneto, invece, ha approvato due leggi per l'indizione del referendum che sono state sottoposte, come già detto, al giudizio della Corte Costituzionale (Serges, 2015). Quest'ultima, pur evidenziando che la Costituzione non prevede l'indizione di un referendum per tale procedimento (una sorta di *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), ha affermato che la Regione ha la facoltà di richiedere un parere mediante referendum, ovviamente non giuridicamente vincolante, ma deve farlo formulando dei quesiti che non contrastino con le previsioni ed i limiti fissati in costituzione per questo istituto. La Corte ha così dichiarato l'incostituzionalità di 5 quesiti su 6 (quelli che chiedevano agli elettori esprimersi sulla volontà che il Veneto diventasse una «Repubblica indipendente e sovrana» e quelli relativi ai tributi, al gettito delle fonti di finanziamento della Regione e quello che prevedeva la trasformazione del Veneto in «regione a statuto speciale»). I quesiti dichiarati incostituzionali dalla Corte con sent. n. 118 del 2015 riguardano scelte fondamentali di livello costituzionale, prevedendo modifiche istituzionali che andavano a contrastare con i principi di «unità e indivisibilità della Repubblica» o interessando la materia tributaria, in contrasto con lo stesso statuto della Regione che disciplina i referendum (Mazzarolli, 2017).

La terza Regione che ha provveduto ad intraprendere la via verso una maggiore autonomia, l'Emilia Romagna, ha invece desistito dal celebrare un

¹ Nel caso specifico la legge regionale, mediante il referendum, rendeva essenziale un mutamento costituzionale che, come ribadisce la Corte, non è certamente possibile da parte di un voto referendario consultivo regionale.

referendum, ritenendo sufficiente una presa di posizione da parte del Consiglio Regionale in merito.

La differente modalità scelta dalle Regioni e la stessa differenza tra l'impostazione dei quesiti referendari, rendono palese una volontà da parte delle Regioni che, per motivi di differenza di maggioranza partitica con il livello nazionale, chiedono una legittimazione popolare al fine di «forzare» quell'indirizzo politico che avrebbe potuto, in potenza, risultare ben più restrittivo nei confronti di una concessione di autonomia alle regioni.

Con la sentenza n. 118 del 2015, la Corte, seppur non si discosti dalla giurisprudenza anteriore, affronta punti con un approccio metodologico differente, arrivando ad un esito non scontato che chiarisce la posizione in materia dicotomia tra autonomia ed indipendenza: la spinta centrifuga non può andare oltre ai limiti fissati dall'unitarietà dell'ordinamento e, per l'effetto di ciò, seppur una Regione possa chiedere maggiore autonomia (dall'argomentazione della Corte viene altresì «invitata») questa non può arrivare ad essere traslata in autonomia speciale o, ancor peggio, in una indipendenza de facto.

Tuttavia la stessa genericità del quesito «salvato» lascia molte ombre sulle valutazioni effettuate che hanno portato ad effettuare una esegesi correttiva da parte della Consulta (Tega, 2016, 5).

Tali vicende, note e dibattute dalla dottrina italiana (oggetto anche in parte di discussione e modifica nella riforma costituzionale bocciata dal referendum), pongono una serie di interrogativi proprio sull'utilizzo del referendum consultivo su un tale argomento (spesso utilizzato più come atto plebiscitario che vero strumento di democrazia partecipativa) che rischia di «obbligare» politicamente gli organi interessati a seguire un percorso che la stessa Costituzione rimette al livello nazionale, non riguardando soltanto gli interessi dei territori direttamente coinvolti e prevedendo diverse forme di coinvolgimento dei territori.

2.2 **Gli accordi preliminari. Un lascito per non dimenticare**

A conferma di tutto ciò, nelle more tra la proposizione dell'intesa e la prima fase dell'iniziativa, poiché la legislatura andava a terminare, le tre Regioni interessate hanno firmato insieme al Governo altrettanti accordi preliminari che andavano a delineare precisamente sia le materie che avrebbero dovuto rappresentare l'oggetto della futura intesa e le modalità con le quali sarebbe dovuta essere portata avanti l'intera iniziativa (Piccirilli, 2018).

Due sono le questioni principali in merito: la validità giuridica (e politica) degli accordi preliminari (da molti chiamati come «pre-intesa») e le materie incluse nel testo.

Sul secondo punto, legato anche alla difficoltà di prevedere una assoluta e completa competenza regionali in tematiche quali, ad esempio, la salute, la ricerca tecnologica o l'ambiente, ed alla possibilità già ad ora, anche senza una maggiore autonomia, di poter ampliare le proprie funzioni e competenze mediante una effettiva attuazione del Tit. V, torneremo in seguito trattando del procedimento che porterà alle intese.

Sulla natura giuridica degli accordi preliminari risulta invece necessario porre brevemente l'attenzione. Questi rappresentano un primo «patto» sul quale si è testata la «leale collaborazione» in vista del proseguo delle trattative e sono l'effettivo primo atto, frutto di quella legittimazione politica che le tre Regioni, in modo differente, hanno acquisito (sarebbe da chiedersi se non lo avessero a prescindere da percorsi più o meno partecipativi intrapresi).

Negli accordi preliminari sono state inserite un primo elenco di materie, una «carta d'intenti e di principi» e le modalità con le quali sarebbe dovuto proseguire il procedimento. Negli stessi accordi preliminari è stata inserita la previsione della costituzione di una Commissione paritetica Stato-Regioni (quindi a posteriori) che possa valutare eventuali maggiori stanziamenti ed il calcolo dei fabbisogni standard.

Negli accordi preliminari viene fissato anche un termine entro il quale il procedimento deve concludersi, 10 anni, con possibilità di modifica o rinnovo.

Tali accordi, prodromici alle intese, che possono quindi essere sostanzialmente modificati da una futura legge che recepisce l'intesa, se da una parte rappresentano un «lascito» per la successiva legislatura che da lì a poco sarebbe iniziata, dall'altra chiariscono con ancor più fermezza quanto l'estrema elasticità del procedimento rischia di «politicizzare» fortemente la richiesta, lasciando sempre più fuori dal dibattito il Parlamento che dovrebbe invece avere un ruolo centrale anche al fine di garantire non solo un regionalismo collaborativo più forte ma anche un puntuale coordinamento delle politiche che hanno un riflesso sia territoriale che in ambito europeo (Catelani, 2018).

2.3 Le intese (e qualche dubbio)

La stessa natura delle intese, la modalità con le quali sono state portate avanti, rappresentano il chiaro segnale di come non via sia nell'intento delle Regioni una volontà di pervenire ad una riforma organica e complessiva

dell'autonomia (Falcon, 2017) ma tutto ciò rappresenti maggiormente una richiesta dai forti connotati politici e dalle accentuate strategie comunicative.

Abbiamo già avuto modo di affrontare sia il procedimento referendario (antecedente alla procedura e facoltativo), sia l'estemporanea firma degli accordi.

Nell'inizio di questo autunno il percorso delle Regioni è ripreso e le «trattative» con il governo sono in una fase di piena attività².

Come osservato in dottrina in più occasioni (Bin, 2008, 10 ss.), la ricerca di una cospicua e generica (Ciarlo, Betzu, 2008, 68 ss.) richiesta di maggiore autonomia in materie tra loro eterogenee ed in certi casi troppo ampie, rischia di portare tre problemi che snaturano la spinta regionalista.

In primis, la difficoltà da parte della Regione e degli enti locali, di poter far fronte a maggiori spese anche perché, ad oggi, non è stata effettuata una vera e propria valutazione dell'impatto della eventuale acquisizione di ulteriori competenze, e, come già detto, a fronte di maggiori materie alle quali far fronte, una non automatica traslazione delle risorse o, ancor di più, una vera e propria autonomia finanziaria e fiscale.

Inoltre, lo stesso iter che ha portato al voto in ambito regionale seguito da una forte pressione (più mediatica che politica), rischia di far sì che la direttiva delle varie riforme non sia una vera e propria volontà di rendere maggiormente elastiche le competenze nei confronti di quelle regioni che hanno la possibilità di garantire da sole – con maggiore efficacia ed efficienza –, ma un sentimento di nuovo regionalismo interno dipendente da elementi legati alla crescente crisi economica che permetterebbe, a parere dei governi regionali, una maggiore capacità decisionale in ambiti che risultano strategici. La strategicità di molti di questi ambiti, tuttavia, si pensi alla salute, all'istruzione, all'internalizzazione, rischia di trovare un limite nella disorganicità sia quantitativa che qualitativa delle richieste avanzate – per ora – dalle tre Regioni interessate.

Quest'ultimo punto rischierebbe quindi, *de facto*, di affidare alle regioni una maggiore autonomia solo apparente, anche alla luce della giurisprudenza

² Nelle more della pubblicazione dello scritto sono state numerose le vicissitudini avvenute, tra le quali, la caduta del Governo a guida Conte e la successiva fiducia ad un Governo «Conte-bis» sostenuto da una maggioranza differente. L'attenzione per questo percorso, anche a causa della differente visione delle forze politiche coinvolte nella nuova maggioranza, pare essere mutata anche se non mancano riferimenti alla necessità di riprendere quel percorso trovandone una disciplina organica così come avvenuto nel corso dell'audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 del nuovo Ministro per gli affari regionali Boccia. E' stata così evidenziata l'intenzione del Governo di ripartire dal lavoro svolto, preannunciando la presentazione in Parlamento di un'iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.

della Corte che non ha mai nascosto la volontà di preferire, in casi di difficoltà nel garantire servizi, anche se di competenza residuale, un intervento statale centrale forte. Lo Stato, quindi, in una situazione di estrema eterogeneità e differenziazione tra le varie regioni, rischierebbe di dover assurgere al ruolo di «controllore» al fine di uniformare la garanzia, inevitabile, del godimento almeno dei livelli essenziali.

L'applicazione dell'art 116, come osservato, potrebbe portare minori benefici proprio perché, invece di attuare in modo definitivo il Tit. V, anche alla luce dell'ormai quasi ventennale giurisprudenza della Corte sul tema, si rischierebbe di chiedere una più astratta rivendicazione su un elenco di materie, facendo venir meno il ruolo dello Stato (sia del governo che del Parlamento) più volte «richiamato» dalla consulta a «mettere mano» ad una riforma che, nella volontà di affidare nuovi strumenti in capo alle Regioni, ha avuto il maggior effetto di far crescere i conflitti tra Stato-Regioni.

Una migliore applicazione dell'art 117, un più puntuale approfondimento di quanto già previsto dall'art. 118 in tema di immigrazione ed ordine pubblico, una valutazione effettiva degli artt. 119 e 120, unito ad una ripresa dell'impegno da parte del legislatore di riformare (magari con piccole e puntuali modifiche) l'intero titolo V, potrebbe risultare molto più efficace. Molti di questi dubbi sono stati ampiamente trattati dalla dottrina e riguardano proprio le materie oggetto di maggiore autonomia (Bonomi, Rodio, 2017) e l'utilizzo in generale della procedura ex art. 116 per richieste ampie e generali di maggiore autonomia (Bin, 2008), ma ulteriori possono essere posti proprio a partire da quell'effetto «emulazione» che rischierebbe di interessare (e dalle richieste pervenute nell'ultimo anno è evidente come questo meccanismo sia ormai in atto) la quasi totalità delle Regioni rischiando di modificare, *de facto*, a Costituzione invariata, le competenze Stato-Regioni, tra le altre cose in un quadro disomogeneo sia per quanto riguarda le materie ma, soprattutto, in riferimento alla sostenibilità economico-finanziaria, anche in relazione ai limiti imposti in Costituzione e dalla stessa giurisprudenza della Corte.

3. CONCLUSIONI

Molte conclusioni sono già state riportate nei paragrafi precedenti e risulterebbe quindi pleonastico ribadirle.

Senza dubbio è necessario partire dall'assioma che tali iniziative, seguite da molte altre regioni, non rappresentano una vera e propria volontà di richiesta di autonomia assoluta. Primariamente sono gli stessi limiti costituzionali

che lo impongano, in secondo luogo è la stessa Corte che ha posto come limite insuperabile quello dell'unitarietà dell'ordinamento.

Inoltre sono le stesse regioni a non volersi spingere oltre (seppur in alcune occasioni si sia fatto riferimento ad una identità di «popolo» in modo tuttavia atecnico) chiedendo sì una maggiore autonomia ma nei limiti della stessa Costituzione.

Oltre ciò lo stesso referendum non è stato utilizzato come strumento di decisione popolare ma semplicemente come strumento di «pressione» ed influenza politica di una più generale volontà di contrattazione sull'eventuale autonomia.

Gli stessi quesiti sono stati posti in modo generico ed al solo fine, come suggerito anche dalle dichiarazioni fatte dai vari esponenti regionali, di legittimare mediante l'opinione pubblica le richieste pervenute dalle Regioni.

Tuttavia, questo schema, ha portato ad una limitata attenzione da parte dello Stato circa le effettive necessità, che ad oggi permangono, sia di attuazione del Titolo V sia di riorganizzazione di una *governance* ed un adeguamento alla giurisprudenza della corte al fine di garantire una maggiore efficienza del sistema. Un regionalismo a più velocità senza tuttavia che sia stata valutata quale sia l'effettivo impatto sulla velocità del sistema e sulla possibilità di coordinare le varie richieste, rischia di annullare quella speranza di miglioramento, insito nella *ratio* dei proponenti.

Senza dubbio un'analisi effettiva delle materie che ad oggi risultano mal attuate nella concorrenza tra Stato e Regioni avrebbe permesso una più puntuale richiesta. Infatti, in questo caso, intento principale, proprio perché non si parte (o non si dovrebbe partire) da una mera richiesta di distacco (anche politico) dal livello centrale, dovrebbe essere quello di limitare la richiesta, magari in un primo momento, ad alcune puntuali materie andando a specificare anche in quale modo è possibile comunque garantire un omogeneo rispetto almeno dei livelli minimi (che, ad esempio, sulla sanità ma anche su altre materie è sempre stata intenzione garantire sia da parte della giurisprudenza della Corte sia nei programmi di governo³).

La stessa disomogeneità e disorganicità delle richieste, rese palesi negli accordi preliminari, rischia di consegnare, magari nel lungo periodo, allo Stato una ancor più incisiva ed invasiva opera di controllo al fine di non rischiare di veder crescere disegualianze tra sistemi collegati tra loro.

³ Si veda, ad esempio, quanto si ritrova nel DEF 2018 (in parte anche nel DEF 2019) dove si richiama una maggiore uniformità dei livelli di assistenza su tutto il territorio nazionale con un impegno particolare del governo centrale.

Dubbi permangono anche in relazione ad alcune materie sia sull'effettiva possibilità che queste possano essere oggetto di maggiore autonomia (si pensi alle materie legate alla «giustizia di pace») sia che queste possano essere idonee ad essere «consegnate» sulla carta totalmente al livello regionale (si pensi all'istruzione, come all'innovazione tecnologica o alla stessa tutela ambientale).

Si rischierebbe infatti una maggiore di autonomia per alcune Regioni a seguito di una richiesta di stretta derivazione della maggioranza di governo della Regione, approvata con una legge ordinaria rinforzata, dove lo spazio per la discussione delle Camere, come visto, risulta residuale così come la possibilità di eventuale modifica, salvo la necessità di riaprire l'intero procedimento, con una possibile ed eventuale compressione di alcuni diritti fondamentali ed inviolabili.

Tale procedimento rischia altresì di non tenere di conto sia degli indirizzi derivanti dal diritto eurounitario sia delle politiche che negli anni il legislatore ha portato avanti in relazione agli enti territoriali a seguito della relativa spinta centripeta.

Sarà altresì necessario valutare, nel caso di trasferimento di competenze, ed in virtù del principio di autonomia finanziaria ex art. 119 Cost., quali saranno le effettive risorse ulteriori assegnate per far fronte alle maggiori funzioni, sempre nel rispetto dei vincoli relativi alla finanza pubblica. In molti casi sarà da valutare se la gestione maggiormente regionalizzata di alcune funzioni possa portare un risparmio (o una sostanziale invarianza di spesa in modo proporzionale) o rischia di andare a disallineare le economie di scala che ad oggi si erano create (Marotta, 2019). La giurisprudenza costituzionale sul tema ha limitato nel tempo sia il federalismo fiscale che le relative politiche fiscali di entrata, prevedendo la sostanziale non modificabilità del sistema tributario nazionale⁴.

Le Regioni, da parte loro, devono, organizzare la propria maggiore autonomia con una più attenta valutazione delle funzioni specifiche che ritengono di poter sostenere al meglio superando uno scetticismo che permane nei loro confronti non solamente mediante l'utilizzo – talvolta distorto (Pietrangelo, 2015) – di sistemi di partecipazione, ma mediante una maggiore chiarezza delle finalità ed una migliore garanzia dello spazio che, ad oggi, la Costituzione già gli riserva.

Ad oggi non sono state presentati i testi delle intese e circolano solamente delle bozze dalle quali è possibile evidenziare come i dubbi sostanziali di tale procedimento sono solamente l'effetto delle incongruenze formali di tutta la questione. Il *deus ex machina* utilizzato dalla maggior parte delle Regioni

⁴ Numerose sono le decisioni che riguardano questo tema. Su tutte le sent. n. 417 del 2005 e n. 2 del 2006.

per convincere i propri cittadini a sostenere questa iniziativa, ossia quello della maggiore possibilità di spesa, ad oggi non solamente non è chiaro (si prevede una commissione paritetica che solo a intesa siglata tratterà questo tema) ma non è stata approfondita sia in relazione ai limiti prima richiamati sia alle modalità con le quali queste verranno riconosciute nel tempo, passando dalla spesa storica ai fabbisogni standard. Dalle bozze è possibile vedere poi come, in particolar modo le proposte di Lombardia e Veneto, racchiudano materie e settori talmente ampi ed eterogenei (oltre che generalizzanti) che rischiano, alternativamente, o di lasciare ampia discrezionalità agli esecutivi regionali, o, al contrario, di non essere idonei a permettere alle Regioni di poter avere gli strumenti effettivi per l'attuazione di un regionalismo non solo differenziato ma anche bilanciato tra le esigenze di nuove funzioni per gli enti territoriali e la necessità della garanzia di una unità non solamente politica della Nazione ma, mi si permetta, ancor prima economica e sociale. Ad oggi, quindi, ad un procedimento nato con molti dubbi dai livelli regionali, senza una effettiva attuazione, con una mera constatazione formale del percorso al finire della scorsa legislatura, è seguita una fase dove non è stato dato seguito a quel dialogo tra Regioni, Parlamento e Governo dove proprio le assemblee parlamentari, unione di più interessi prospettici, avrebbero potuto approfondire e delineare un procedimento per una vera ed effettiva attuazione di un regionalismo «a punti crescenti» piuttosto che «a cascata». Molti dubbi, come visto, permangono anche sulla completa e puntuale applicazione del procedimento tipico delle intese ex art. 8 Cost., poiché, a differenza dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose, in questo caso quello che va a modificarsi è la struttura istituzionale, i rapporti tra livelli territoriali e la stessa forma di Stato. Tutto ciò comporta, come visto, anche una valutazione economica e sulla garanzia dei diritti sull'intero territorio che non può certamente dipendere direttamente da una intesa «tra esecutivi» ma che deve trovare nel dibattito parlamentare, e nella possibilità di una modifica, seguendo anche il procedimento tipico della convergenza delle varie volontà in termini pattizi, la propria forza di riforma complessa dove tutti gli interessi e i diritti sono tutelati e bilanciati, e non sono il frutto di una contrattazione dalle vesti squisitamente politiche. Come visto, inoltre, permangono fuori dal dibattito non solamente l'assemblea parlamentare e i consigli regionali ma altresì gli enti locali e le stesse altre regioni, interessate sotto molteplici aspetti dalla differenziazione delle autonomie.

Al momento della conclusione del presente contributo non risulta chiaro il percorso, sottoposto a continue accelerazioni e rallentamenti, incertezze e

posizionamenti politici⁵, che rischiano di far sì, alternativamente, che il procedimento si arresti definitivamente o venga concluso senza un accurato approfondimento, che potrebbe determinare un elemento di maggiore unità nelle diversità, rappresentando così un elemento di disaggregazione e differenziazione dei diritti dei cittadini e della capacità di funzionamento dei vari livelli territoriali.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANTONINI, L. (2001), «Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?», in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Incontri di studio, n.5, ed. Giuffrè, Milano.
- BIFULCO, R.; CECCHETTI M. (2017), «Le attuali prospettive di attuazione dell'art. 116, comma 3, della costituzione: una ipotesi di intesa nella materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema"», in *Le Regioni*, n. 4.
- BIN R., (2008), «Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116.3. Alcune tesi per aprire il dibattito», in *Le Istituzioni del Federalismo*.
- BONOMI, A.; GUIDO RODIO, R. (2017), «Verso un regionalismo differenziato? Osservazioni a margine di alcune iniziative referendarie in corso», in *Diritti Fondamentali*, n. 2.
- CARAVITA DI TORITTO, B. (2017), «L'autonomia del Nord nel perimetro della Costituzione italiana», in *federalismi.it*, n. 20.
- CATELANI, E. (2018), «Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 cost: profili procedurali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti», in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2.
- CECCHETTI, M. (2002), «Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle regioni di diritto comune», in *federalismi.it*.
- CIARLO P.; BETZU M. (2008), «Dal regionalismo differenziato al regionalismo pasticciato», in *Le Istituzioni del Federalismo*.
- CORTESE, F. (2017), «La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione», in *Le Regioni*, n. 4.
- DAINOTTI, L.; VIOLINI, L. (2017), «I referendum del 22 ottobre: una nuova tappa del percorso regionale verso un incremento dell'autonomia», *Le Regioni*, n. 4.

⁵ Proprio nel mese di febbraio 2019 si sono intensificate le discussioni da parte del Governo e del Parlamento sia sulla natura delle intese sia sul contenuto. Numerose le posizioni da parte della maggioranza di governo sul tema che hanno reso palese una non unanimità sul percorso da seguire tanto da far «slittare» ad oggi una discussione ufficiale sia in Consiglio dei Ministri che in Parlamento. Come già detto (vedi nota 2) la discussione ha registrato un rallentamento anche a causa del cambiamento della maggioranza di governo.

- DE MARCO, M. (2003), «Qualche interrogativo ad un regionalismo a più velocità», in *Quad. Cost.*, n. 2.
- FALCON, G., (2017), «Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale», in *Le Regioni*, n. 4.
- FERRERES COMELLA, V. (2015), «Le censure del Tribunal Constitucional al referendum catalano sull'indipendenza», in *Quad. Cost.*, n. 2.
- MANGIAMELI, S., (2017), «L'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione con particolare riferimento alle recenti iniziative delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna», in *issirfa.cnr.it*.
- MAROTTA, S., «Regionalismo differenziato: cos'è e quali rischi comporta», in *economiaepolitica.it*, n. 17 (1).
- MAZZAROLLI, L. (2017), «Annotazioni e riflessioni sul referendum in materia di autonomia che si terrà in Veneto il 22 ottobre 2017», in *Federalismi.it*, n. 17.
- MORELLI, A. (2017), «Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?», *Le Regioni*, n. 3.
- NAPOLITANO, A. (2018), «Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata», in *federalismi.it*, n. 21.
- NASTASI, V. (2018), «Il regionalismo differenziato e i problemi ermeneutici sorti in seguito alle recenti iniziative di attuazione dell'articolo 116, comma 3, della Costituzione», in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 6.
- PICCIRILLI, G. (2018), «Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.», in *Diritti Regionali*, n. 2.
- PIETRANGELO, M. (2015), «Qualche riflessione sui metodi della consultazione popolare al tempo di Internet, a margine dei referendum consultivi veneti su indipendenza e autonomia», in *federalismi.it*, n. 1.
- SERGES, G. (2015), «Autodeterminazione, diritto a decidere, indipendenza, sovranità (notazioni a margine della Legge regionale del Veneto, n. 16 del 2014)», in *federalismi.it*, n. 1.
- TEGA, D. (2016), «Venezia non è Barcellona», in *Le Regioni*, n. 5-6.
- TONIATTI, R. (2017), «L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano», *Le Regioni*, n. 4.
- VIOLINI, L. (2018), «L'autonomia delle regioni italiane dopo il referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.», in *Rivista AIC*, n. 4.
- ZANON, N. (2001), «Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V», in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Incontri di studio, n.5, Giuffrè, Milano.
- (1992), «I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze di diritto costituzionale materiale», in *Giur. Cost.*, 4629 ss.

UNA RECONSIDERACIÓN DE LAS PRINCIPALES PREMISAS PARA LA REFORMA DEL SENADO ESPAÑOL

IGNACIO GONZÁLEZ GARCÍA*
Universidad de Murcia

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La propuesta del Consejo de Estado y las muy diversas aportaciones de la doctrina. 3. La definición del modelo territorial como ineludible condicionante previo a la reforma del Senado. 4. Modelos de Estado e (im)pertinencia del mantenimiento de las Cámaras Altas. El Derecho comparado como *false friend*. 5. La representación de territorios en los sistemas de democracia liberal: piedra angular del problema. 6. Dos falsas premisas ampliamente aceptadas. 6.1. Nuestro Senado no cumple con su función constitucional. 6.2. La Constitución no permite ir a cualquier modelo de Senado o a un sistema sin Senado. 7. La necesidad de invertir el sentido de la marcha. 7.1. La casa por el tejado: la composición de la Cámara no es el *prius*. 7.2. Algunas funciones territoriales del Senado a reconsiderar. 8. Corolario. 9. Referencias bibliográficas.

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional.

Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto *Reforma constitucional: dimensión institucional y territorial* (20639/JLI/18) financiado por la Fundación Séneca-Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia a través de la convocatoria *Jóvenes Líderes en Investigación* del Subprograma de Apoyo y Liderazgo Científico y la Transición a la Investigación Independiente (Programa Fomento de la Investigación Científica y Técnica 2018), del que el autor es IP.

1. PLANTEAMIENTO

La reforma del Senado se ha convertido, casi desde los primeros años de vigencia de la CE1978, en uno de esos temas *clásicos* de discusión doctrinal. Son, por tanto, muchos –y habitualmente muy buenos– los trabajos académicos dedicados a evaluar desde una óptica jurídico-constitucional la procedencia de tal reforma, sus eventuales contenidos y los procedimientos pertinentes en cada caso. No cabe duda de que el papel institucional de este órgano dentro del conjunto del sistema, las funciones que tiene atribuidas y su composición eran desde su origen manifiestamente mejorables y de que, una vez desarrolladas todas las potencialidades del Estado Autonómico que la Constitución permite, la reforma de aquella configuración inicial se nos ofrece hoy como imprescindible.

No obstante, no intenta ser este trabajo un añadido más a la muy extensa literatura jurídica que analiza las deficiencias técnicas de nuestra Cámara Alta y promueve concretas propuestas de reforma. Esa aportación de la doctrina científica ya existe. Lo que se pretende en estas pocas líneas es volver muchos pasos hacia atrás. Es evidente que la razón fundamental que ha impedido la reforma del Senado es la falta de consenso, oportunidad y coraje políticos para abordarla. Pero no es menos cierto que ninguna de las propuestas aportadas desde la Academia ha logrado un apoyo mayoritario ni de los actores implicados, ni de la propia doctrina, que permitiera una apuesta decidida de quienes debían impulsarla. No existe una fórmula mágica, ni siquiera varias opciones ampliamente satisfactorias. Y llegados a ese punto de aparente no retorno, de vueltas en redondo sin encontrar salidas, cabe plantearse –y eso es lo que se pretende hacer aquí– si debemos revisar algunas premisas, algunos apriorismos, que condicionan el análisis técnico posterior del problema y que nos llevan a unos resultados indefectiblemente fallidos. Se trata, por tanto, de volver sobre nuestros propios pasos y cuestionar cada uno de ellos, incluso aquéllos sobre los que parece existir un acuerdo mayoritario y pacífico.

Pero repasemos antes, muy telegráficamente, cuál es el estado de la cuestión. En qué punto se encuentra el debate doctrinal sobre la materia.

2. LA PROPUESTA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LAS MUY DIVERSAS APORTACIONES DE LA DOCTRINA

El debate doctrinal sobre el papel del Senado que diseñó la CE1978 en nuestro modelo territorial e institucional ha sido intenso y constante desde el

mismo momento de la aprobación del Texto Constitucional¹. En los años noventa, coincidiendo con la transferencia a todas las Comunidades Autónomas de las competencias en sanidad y educación y con la modificación del Reglamento de la Cámara de 1994, comenzaron a proliferar las propuestas doctrinales de reforma del Senado para reforzar su condición de Cámara de representación territorial². Producción académica que alcanzó su punto más álgido³ a partir del Informe del Consejo de Estado de 2006 en el que se daba respuesta a la consulta del Gobierno acerca de una hipotética reforma de la Constitución que incluyera la revisión de la configuración (funciones, composición, relación con el Congreso de los Diputados y con el conjunto de instituciones del Estado) de la Cámara Alta⁴.

La respuesta del Consejo de Estado, extensa en algunos puntos de su argumentación pero sin solución de fondo –a mi juicio– para el problema teórico de la *representación territorial*, se concretó finalmente en una propuesta abierta de reforma constitucional del Senado que podríamos sintetizar del siguiente modo:

Por lo que hace a las funciones del Senado, el Consejo de Estado consideró, por un lado, que la Cámara de representación territorial no puede, ni debe sustituir *in integrum* otros foros y mecanismos de colaboración verticales y horizontales, aunque sí dispuso un aumento de su protagonismo; y, por otro, que el Congreso debía mantener su preeminencia en el ejercicio de la potestad legislativa, si bien que potenciando el *rol* de la Comisión Mixta, ampliando el plazo del artículo 90.2 CE a cuatro meses y pasando a ser el Senado Cámara de primera lectura en la tramitación de algunas leyes estatales de

¹ *Vid.*, por todos, los primeros trabajos de esos años de AJA FERNÁNDEZ Y ARBÓS MARÍN, (1980); o de PUNSET BLANCO (1979).

² *Vid.*, también por todos, los trabajos de GARRORENA MORALES (1995); PORTERO MOLINA (1995); ALBERTÍ ROVIRA (Coord.) (1996).

³ *Vid.*, también por todos, el monográfico dedicado al Senado por la revista *Teoría y Realidad Constitucional* en su número 17, 2006; los estudios académicos publicados junto con el texto del informe del Consejo de Estado en RUBIO LLORENTE Y ÁLVAREZ JUNCO (Eds.) (2006); o la obra colectiva de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2008).

⁴ Concretamente, el Gobierno solicitó pronunciamiento del Consejo de Estado sobre: «1. Las funciones que debe ejercer el Senado como Cámara de representación territorial y, en particular, el ámbito material y el grado de participación en el ejercicio de la potestad legislativa, las tareas que le correspondería desempeñar como espacio de concertación y cooperación de las Comunidades Autónomas entre sí y con el Estado, y las atribuciones relacionadas con otros órganos constitucionales. 2. La composición más adecuada para ejercer esas funciones y expresar la representación de los intereses territoriales, así como su articulación efectiva. 3. La posición institucional del Senado en el seno de las Cortes Generales en el ejercicio de sus funciones como Cámara de representación territorial. 4. Las consecuencias sistemáticas que comportaría en el conjunto de la estructura constitucional la adopción del correspondiente modelo de configuración del Senado». *Vid.* Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005.

especial incidencia autonómica (sin incluir en ese elenco necesariamente las leyes básicas)⁵.

Y por lo que se refiere a su composición, el Consejo de Estado propuso una Cámara de representación de las Comunidades Autónomas de menor número de escaños que el Senado actual: correspondería a cada Comunidad Autónoma seis senadores, más uno por provincia, más uno por millón de habitantes, de modo que la relación entre la Comunidad Autónoma con mayor y menor representación no superara la proporción de tres a uno. La elección se llevaría a cabo por sufragio universal, libre y directo de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, a través del sistema electoral que concretara el legislador⁶.

A partir de este informe del Consejo de Estado de 2006, y tomando habitualmente como referencia o punto de partida las propuestas que en él se recogen, se han venido multiplicando las aportaciones doctrinales sobre la reforma constitucional del Senado. Se ofrece casi inviable recoger en apretadísima síntesis el *status questionis* del debate doctrinal, puesto que no hay una línea claramente mayoritaria y porque se han explorado –y defendido– prácticamente todas las opciones y modelos posibles. Sí podemos, con trazo grueso pero cierto, concluir que existe un mayor acuerdo académico – o unas posibilidades mayores de poder alcanzar acuerdo académico suficiente – entorno a la reconfiguración de las funciones de un Senado más *territorializado*, pero mucho menos acerca de cómo deba ser la composición de ese órgano.

En cuanto a las funciones, con alguna minoritaria pero significada excepción⁷, se ha propuesto mayoritariamente, además del mantenimiento de la exclusividad en la activación del artículo 155 CE⁸, un aumento del protagonismo del Senado –con mayor o menor intensidad y a través de mecanismos muy diversos– en la designación de miembros de otras altas instituciones del Estado, en las fases ascendente y descendente de toma de decisiones de interés autonómico que son competencia la Unión Europea, en las relaciones de colaboración interterritorial –tanto verticales como horizontales– y, muy principalmente, en el ejercicio de la potestad legislativa estatal⁹. Respecto de esta última función, hay cierto consenso general en acoger las líneas generales del informe del Consejo de Estado (ampliación de los plazos de intervención del Senado, resolución de desacuerdos en Comisión Mixta y primera lectura en

⁵ *Vid.*, RUBIO LLORENTE Y ÁLVAREZ JUNCO (Eds.) (2006, 190-206).

⁶ Esta es la opción preferente del Informe, aunque no la única propuesta, *vid.* RUBIO LLORENTE Y ÁLVAREZ JUNCO (Eds.) (2006, 227 y 228).

⁷ *V.g.*, PUNSET BLANCO (2006).

⁸ *Vid.*, por todos, AJA FERNÁNDEZ (2008).

⁹ *Vid.*, una bien ajustada síntesis en CASTELLÁ ANDRÉU (2017, 7-10).

Senado de determinados proyectos y proposiciones de ley de especial incidencia autonómica), pero no tanto en la letra pequeña de las mismas (cuáles son esas decisiones legislativas de interés autonómico, qué concretas correcciones habría que incorporar al procedimiento legislativo correspondiente, con qué consecuencias, etc.).

En cuanto a la composición del Senado, se han barajado por la doctrina tres grandes modelos – también con sus diversas variantes –claramente diferenciados: a) hay un sector doctrinal– minoritario pero relevante¹⁰ – que ha apostado decididamente por un Senado de Gobiernos, al estilo del *Bundesrat* alemán, opción expresamente rechazada por el Informe del Consejo de Estado; b) se ha defendido también un modelo de Cámara parlamentaria territorial de circunscripción autonómica y elección directa por los ciudadanos, si bien que en ningún caso con representación simétrica de todos los territorios, sino modulada por población y/o por número de provincias, y con distintas variantes respecto del sistema electoral a aplicar¹¹; c) otro sector de la doctrina relativamente mayoritario ha abogado por un sistema de elección indirecta por parte de los Parlamentos autonómicos, a su vez también con múltiples variantes en lo que se refiere al reparto de escaños y a su modo de elección, pero manteniendo también cierta asimetría territorial en todos los casos¹²; d) existen también pronunciamientos a favor de modelos mixtos que combinen elección directa e indirecta¹³; e) incluso hay quien ha abogado por un Senado que incluya alguna corrección *aristocrática* de élites expertas¹⁴ o la incorporación de senadores natos – ex Presidentes de Gobierno o de Comunidad Autónoma, fundamentalmente –¹⁵.

3. LA DEFINICIÓN DEL MODELO TERRITORIAL COMO INELUDIBLE CONDICIONANTE PREVIO A LA REFORMA DEL SENADO

Es sobradamente conocido que nuestro modelo territorial se encuentra, desde el mismo día de entrada en vigor de la CE1978, en una permanente *crisis de identidad*. El carácter marcadamente abierto y, por tanto, dinámico del

¹⁰ *Vid.*, por todos, AJA FERNÁNDEZ (2008).

¹¹ *Vid.*, por todos, BIGLINO CAMPOS (2006, 746 y ss.).

¹² *Vid.*, por todos, PUNSET BLANCO (2006, 122 y ss); TORRES DEL MORAL (2003-04, 494-496).

¹³ *Vid.*, por todos, FERNÁNDEZ SEGADO (1996, 39-42).

¹⁴ VERA SANTOS (1997, 279 y ss.).

¹⁵ ALONSO DE ANTONIO (1999, 47).

modelo ha hecho imposible una foto fija del mismo. Algunos de los más esenciales elementos del sistema de reparto territorial del poder, muy especialmente la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no están cerrados en la Constitución y han venido siendo objeto de continua renegociación y revisión. Sólo esta especial condición ya sería obstáculo suficiente para poder configurar un Senado cuya composición y funciones se adapte al modelo territorial que pretende representar. Cómo decidir, por ejemplo, dar mayor protagonismo en el procedimiento legislativo de aprobación de la legislación básica estatal de especial relevancia o impacto autonómico –como viene demandando casi unánimemente la doctrina más autorizada–, sin clarificar previamente en el propio Texto Constitucional dónde están los límites de lo básico y, por tanto, donde empieza la potestad legislativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas¹⁶.

A este punto de partida hay que añadir, además, una nueva –y gravísima– variable: la profunda crisis política que sufre este modelo territorial desde el año 2006, con la aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que ha culminado en la insurrección institucional del Gobierno y el Parlamento de esa Comunidad Autónoma, en la correspondiente aplicación del artículo 155 CE por parte del Estado y en la apertura de diversos procesos penales por rebelión, sedición y malversación de fondos públicos a los principales dirigentes de la misma. En este contexto, plantear la reforma del Senado no es sólo una quimera en términos políticos, sino también un absurdo lógico en términos jurídicos: el Senado, en tanto que órgano al servicio de la articulación de la participación y colaboración de los distintos centros de poder territorial de un Estado, es la última de las piezas a componer. Es premisa inexcusable –aunque no suficiente– para poder abordar una reforma mínimamente rigurosa y útil de la institución que, previamente, hayamos sido capaces de dar una configuración constitucional definitiva, al menos, a los elementos esenciales del modelo territorial¹⁷.

Hemos señalado durante décadas que la causa fundamental de que el Senado se encuentre necesitado de una profunda reforma estructural que lo convierta en verdadera Cámara de representación territorial es, precisamente, que la CE1978 lo configuró completamente a ciegas, sin poder entonces prever cuál iba a ser el desarrollo final del proceso de descentralización territorial que la Constitución permitía y casi proponía¹⁸. Incluso se ha llegado a indicar por

¹⁶ *Vid.*, al respecto, CIDONCHA MARTÍN (2011, 206).

¹⁷ *Vid.*, en el mismo sentido, GARRORENA MORALES (2009, 29-30).

¹⁸ Muy ilustrativo resulta sobre este particular el testimonio de CAVERO LATAILLADE (1998, 77): «Hay que decir en descargo de los que eran o éramos constituyentes que habría una gran incertidumbre

parte de la doctrina más autorizada que, en esas condiciones de indefinición constitucional del modelo de reparto territorial del poder, hubiera sido aconsejable haber dejado la configuración del Senado a una decisión posterior del legislador orgánico¹⁹. Pues bien, mucho peor es el punto de partida actual:

Por un lado, aunque ya existe una distribución competencial entre territorios y Estado que desarrolla al máximo las potencialidades de la CE1978, esto es, aunque bajo la legalidad vigente ya hemos llegado al final del camino, no existe consenso político entorno a esa idea. Antes contrario, es mayoritaria –tanto en sede doctrinal como política– la idea de que el modelo sufre síntomas de agotamiento y que precisa una importante revisión, pero resultando muy polarizada la división entre quienes propugnan una revisión recentralizadora del modelo y los que proponen ir uno o varios pasos más allá en la descentralización del Estado. Y, por otro lado, a ello habría que añadir, además, a diferencia de lo que ocurrió en 1978, la ausencia total de voluntad para alcanzar acuerdos de quienes mantienen que, lógicamente, esa revisión debe llevarse a cabo bajo las condiciones y procedimientos previstos en el marco constitucional vigente y el problema no resuelto de la existencia de una minoría –también política y doctrinal– que apuesta abiertamente por andar caminos que discurren clara –y peligrosamente– extramuros de las condiciones democráticas fundamentales del Estado Constitucional.

Plantear, por el contrario, que en estas condiciones una reforma del Senado –cualesquiera que fueran los términos en que se concretara– podría convertirse en herramienta para contribuir a solucionar la crisis del modelo territorial es, a nuestro juicio, no sólo invertir la lógica de las cosas, sino también atribuir

sobre cómo quedaría el mapa autonómico, pues al no existir un diseño del mapa autonómico no se sabía cuántas Comunidades Autónomas iban a florecer, ya que se reconocía la posibilidad de constituir Comunidades Autónomas y ante esa incertidumbre (no se olviden ustedes de que el acuerdo en la fórmula de composición del Senado del artículo 69 se produce a final de agosto o primeros de septiembre de 1978), cuando la Comisión Mixta Congreso-Senado resuelve algunas diferencias que se habían producido sobre el texto que había elaborado el Congreso, no había más que dos preautonomías como la vasca y la catalana. Aun con el resto del territorio español no se sabía que iba a pasar. Es muy difícil organizar la representación territorial en una Cámara cuando realmente no se sabía en aquel momento cuántas autonomías se iban a constituir. Tal vez diez, doce. Aunque luego han sido diecisiete. Nadie iba a pensar, por ejemplo, con todo el respeto, que La Rioja se iba a constituir en autonomía uniprovincial o que Cantabria se desmembraría de Castilla León, o qué se iba a hacer con Madrid, que era una carga para cualquiera de las Comunidades Autónomas colindantes, que quedarían desequilibradas por su volumen de población».

¹⁹ *Vid.*, v.g., ARAGÓN REYES (1998, 107): «Es plausible aceptar que el Senado es una institución defectuosamente perfilada en el Texto Constitucional. Y es posible, incluso, pensar que no era necesario haberlo establecido desde el primer momento, dejándose (así se intentó en algún momento del proceso constituyente, de lo que ha quedado un vestigio en el tenor del artículo 69.2 CE) a una ley orgánica (o a una reforma constitucional posterior) la organización del Senado cuando hubiese concluido el proceso autonómico».

al Derecho una suerte de poder taumatúrgico sobre la realidad política que sólo nos puede llevar a incurrir en un error tras otro.

4. MODELOS DE ESTADO E (IM)PERTINENCIA DEL MANTENIMIENTO DE LAS CÁMARAS ALTAS. EL DERECHO COMPARADO COMO *FALSE FRIEND*

Aunque ayuda a entender mejor el porqué de la existencia y diseño de la mayor parte de las Cámaras senatoriales, no es ésta la ocasión ni el lugar para referirnos a los orígenes y la razón de ser de los Senados en los primeros Estados Constitucionales²⁰ y de cómo, con algunas significadas excepciones²¹, han ido adaptando su encaje en los sistemas constitucionales contemporáneos hasta erigirse –con o sin éxito– en Cámara de representación territorial²². El caso es que, en la actualidad, casi todos ellos han adoptado el roll de segunda cámara que, con una naturaleza y condición distinta a la primera, ejerce –o pretende ejercer– de contrapeso *territorial* del modelo.

Así, pues, parecería lógico convenir que en aquellos Estados genuinamente federales, esto es, los creados por agregación de Estados originalmente soberanos, libres e independientes – habitualmente previa confederación de los mismos –, la institución senatorial no sólo es pertinente y útil, sino que está firmemente engarzada en el ADN de la propia Federación. Esos Estados federales surgen a partir de un fuerte impulso constituyente de colaboración multilateral que precisa de un órgano de encuentro y de representación de territorios. Y, una vez constituida la Federación, es lógico que esas inercias colaborativas horizontales –y ahora ya también verticales– sigan estando muy presentes en el desarrollo ordinario de las decisiones legislativas y ejecutivas de los poderes públicos federados y federales. Un Senado que, además, tenga un papel muy protagonista en el sistema, es connatural a ese tipo de Estados federales. Por el contrario, en los Estados unitarios centralizados o, por lo menos, sin un destacado nivel de descentralización política, una segunda Cámara territorial ni está vinculada a la decisión constituyente original, ni tiene en sentido estricto objeto que poder representar, ni –por tanto– debe tener un papel –si quiera secundario– en el organigrama institucional²³.

²⁰ *Vid.* una perfecta síntesis histórica de la cuestión en DE CARRERAS SERRA (2008, 82 y 83).

²¹ *Vid.* un muy completo estudio sobre el caso del Parlamento inglés en AHUMADA RUIZ (2008).

²² *Vid.* sobre este particular, BLANCO VALDÉS (2015).

²³ *Vid.*, en un sentido similar, PUNSET BLANCO (2004, 30-31).

Menos clara es la situación de aquellos Estados complejos –que no «compuestos»–, categoría en la que debemos integrar cualquier tipo de Estado unitario políticamente descentralizado –lo llamemos Estado *regional*, Estado *autonómico* o de cualquier otro modo análogo– y cualquier tipo de Estado que pese a calificarse a sí mismo como de *federal*²⁴ tenga también, en realidad, condición de Estado unitario más o menos descentralizado²⁵. Es decir, cuantitativamente el grupo más numeroso con diferencia. Todos ellos, batallas sobre nominalismos y modas *panfederales* al margen, tienen en común un reparto territorial no del poder constituyente –por eso, «complejos» y no «compuestos»– pero sí del los poderes constituidos legislativo, ejecutivo y– dependiendo de los casos– también judicial. En estos supuestos, resulta indudable que deviene imprescindible para el normal funcionamiento del sistema un instrumento o una institución a través de la cual articular la interrelación –en sentido vertical y horizontal– entre los distintos sujetos que ostentan potestades públicas. No parece, pues, discutible que se precise un elemento aglutinador de voluntades y coordinador de actuaciones, para integrar y corregir las disfuncionalidades típicas de cualquier modelo de poder descentralizado. Cuestión distinta es que entendamos que esa institución deba ser un Senado y que, además, ese Senado deba que tener necesariamente condición de cámara parlamentaria. Esas concreciones sí necesitan una justificación suficiente que, hasta ahora, no hemos sido capaces de consensuar.

Al abordar esta cuestión, debemos prestar especial atención a las peculiares características de nuestro modelo territorial. Es bien cierto que el Estado de las Autonomías, en tanto que Estado unitario fuertemente descentralizado comparte con otros muchos modelos –federales y no federales– buena parte de sus características principales y, en esa medida, los Senados de tales Estados pueden constituir referente o parámetro útil para el análisis y formulación de propuestas de reforma. Pero no es menos cierto que nuestro modelo posee

²⁴ Vid., sobre tipos de federalismo, BLANCO VALDÉS (2012).

²⁵ El ejemplo austriaco evidencia muy claramente lo que aquí señalamos. Pese a que la Constitución austriaca califica su modelo de Estado como *federal* (art. 2.1), el resto de previsiones constitucionales referidas a la organización territorial del poder acercan a Austria a una realidad muy distinta. Muy telegráficamente: a) Los *Länder* austriacos no gozan de soberanía sino de «autonomía constitucional», b) el poder judicial se encuentra totalmente centralizado (art. 82.1), c) la cláusula competencial residual se configura a favor de los *Länder*, pero se vacía *de facto* por el extensísimo y minucioso reconocimiento de competencias a la Federación (arts. 10 y ss.), d) los *Länder* no participan, en tanto que sujetos territoriales, en la reforma de la Constitución federal (art. 44), e) el régimen institucional de los *Länder* se encuentra detalladísimo en la Constitución Federal, por lo que su margen para la autoorganización es mínimo (arts. 95-114), f) los Parlamentos regionales podrán ser disueltos por el Gobierno Federal, con el voto favorable de las 2/3 partes del Senado (art. 100.1), etc. Vid. con mayor detalle el modelo territorial austriaco en VERNET I LLOBET (1997); y DE CUETO NOGUERAS (2001).

condiciones esenciales diferenciadas que obligan a añadir a las precauciones técnicas que todo estudio de Derecho comparado requiere algunas más. Es un error partir de la comparación de la foto fija de nuestra situación actual con otros sistemas, sin poner el foco en nuestras particulares condiciones estructurales, muy particularmente en el carácter parcialmente desconstitucionalizado, abierto y dinámico –y, por ello, inestable– del Estado Autonómico²⁶. A buen seguro, precisaremos un Senado tan *sui generis* como original fue la opción territorial del constituyente de 1978²⁷.

5. LA REPRESENTACIÓN DE TERRITORIOS EN LOS SISTEMAS DE DEMOCRACIA LIBERAL: PIEDRA ANGULAR DEL PROBLEMA

Sea como fuere, es evidente que el eje sobre el que pivota toda esta problemática es la categoría jurídica de la *representación territorial*. Al respecto, encontramos unas aportaciones doctrinales, v.g. de Solozábal Echavarría y Albertí Rovira 28, que aun resultando muy estimables y atendibles entiendo que no acaban de solventar la controversia de fondo –acaso porque ésta sea irresoluble–.

A mi juicio, no se ha encontrado todavía una fórmula teórica sobre la que asentar la diferenciación entre *representación territorial* y *representación popular territorialmente fragmentada*, esto es, entre la voluntad del sujeto *territorio* y la voluntad del sujeto *ciudadanos que residen en el mismo*, si es que tal cosa fuera posible en un modelo constitucional como en nuestro en el que, como a continuación señalaremos, se apuesta decididamente por un sistema de representación de una única voluntad soberana popular²⁹.

Aun en la hipótesis de que pudiéramos superar ese obstáculo en el estricto terreno de las categorías jurídicas, habría que dar un segundo paso y justificar además una representación asimétrica de esos sujetos territoriales en un Senado que se configurara como auténtica cámara de representación territorial. Todas las propuestas doctrinales publicadas hasta la fecha, inclui-

²⁶ En el mismo sentido se ha pronunciado SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2008, 20): «No se debe incurrir en un precipitado mimetismo constitucional, de modo que se trasplantaran mecánicamente instituciones, procedimientos y expedientes de un sistema político al otro [...]. Cada Constitución, junto a parámetros universales, incorpora ciertos rasgos privativos». *Vid.*, también al respecto, MARTÍNEZ SOSPEDRA (2002, 76 y ss.).

²⁷ En la misma línea, *vid.* ARAGÓN REYES (1998, 108): «Habría que buscar una fórmula más moderna, más adecuada a las necesidades del Estado de nuestro tiempo y más coherente con el carácter flexible y plural del sistema autonómico».

²⁸ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (1986).

²⁹ *Vid.*, en el mismo sentido, SÁENZ ROYO (2017, 525).

das las de aquellos autores más proclives a entender compatible y distinta la voluntad *territorial* y la voluntad *popular*, incluyen algún mecanismo de corrección en la composición de esos modelos de Senado que proponen, donde habitualmente la mayor o menor población del territorio es la variable moduladora de la representación. A mi entender, si pretendemos ir a un órgano de representación *territorial*, donde el sujeto a representar es el territorio y su voluntad unitaria, estaríamos ante sujetos de la misma naturaleza y condición jurídica –las Comunidades Autónomas–, sin que procediera por tanto alteración de los equilibrios de tal representación³⁰. Un territorio, un voto.

El tercer y último salto –¿en el vacío?– de este difícil recorrido sería poder encontrar la manera de encajar ese tipo de representación territorial –modulada o no por población– en una cámara parlamentaria. Es decir, cómo resolver –en el plano de las categorías jurídicas, no en el de los malos apaños de la *praxis* política– la evidente tensión entre el principio parlamentario y el principio territorial³¹. Un órgano de naturaleza parlamentaria precisa de un régimen electivo que, directa o indirectamente, representa más la división ideológica –partidaria– de los ciudadanos que una división de voluntades territoriales. Por el contrario, un órgano de otro tipo podría, alejándose de las más estrictas exigencias que el principio democrático proyecta sobre las instituciones parlamentarias, optar por un tipo de composición que representara mejor la voluntad de los territorios en cuanto tales. Como en el último epígrafe de este trabajo señalaré, este extremo debemos ponerlo en estrecha relación con la naturaleza de las funciones que atribuyéramos a un tipo de Senado u otro. Esto es, el termómetro de con qué rigidez debemos proyectar las exigencias del principio democrático en el régimen de composición de un órgano debe estar directamente ligado al tipo de potestades que el mismo ostenta. Es por ello que si fuéramos a un modelo de Senado-Consejo, habríamos de limitar de forma notable las funciones legislativas de éste, lo que, por otra parte, no tiene por qué resultar inconveniente.

³⁰ En una línea muy similar, aunque más matizada, GARRORENA MORALES (2006, 53-54): «El tamaño de la representación no debe diferir demasiado de una Comunidades Autónomas a otras. Y ello porque, si siempre se entendió que había alguna simetría entre representación territorial y principio de representación igual (o tendencialmente igual) de los territorios afectados, habida cuenta de que todos ellos comparten en cuanto tales una misma identidad abstracta, tal vez pueda entenderse que se module levemente dicha exigencia, pero no parece en cambio comprensible que se quiera pasar de ahí para acabar aplicando un criterio prácticamente próximo, si no idéntico, al criterio de población».

³¹ Sobre la muy compleja articulación de ambos principios, *vid.* GARRORENA MORALES (1995, 70-71).

6. DOS FALSAS PREMISAS AMPLIAMENTE ACEPTADAS

6.1 Nuestro Senado no cumple con su función constitucional

A la hora de abordar el problema del encaje de nuestro Senado en el sistema institucional diseñado por la CE1978 es comúnmente aceptado partir de la siguiente premisa, que se repite una y otra vez, casi a modo de axioma indubitable: el Senado español no cumple con la función de cámara de representación territorial *que la Constitución le atribuye*.

Es una evidencia que nadie podría negar que nuestro Senado no es, ni por su composición, ni por sus funciones, una típica cámara de representación territorial. Su roll dentro del modelo es muy distinto. Ahora bien, lo que sí resulta muy discutible es que la CE1978 le atribuya, en efecto, ese papel en el sistema. Si afirmamos que la Constitución establece que el Senado es verdaderamente cámara de representación territorial, que esa es la decisión del constituyente y que tal es el régimen constitucional de la institución, parecería que no se cumple el mandato constitucional bien por un incorrecto desarrollo normativo por parte del reglamento parlamentario, bien por una mala *praxis* por parte de los operadores jurídicos a la hora de aplicarlo.

Es bien cierto que el artículo 69.1 CE establece expresamente que «el Senado es la cámara de representación territorial», pero quedarnos en la literalidad de ese único precepto sería hacer una lectura incompleta y, sobre todo, técnicamente deficiente del Texto Constitucional. Como es bien conocido, la Constitución debe ser, en todos los casos, sometida a una interpretación de conjunto, unitaria y armónica. Así, esa afirmación del artículo 69.1 CE viene acompañada de muchas otras a través de las cuales el constituyente modula de modo muy intenso ese aserto.

Sin ninguna pretensión de exhaustividad, debemos atender, en primer lugar, a que el artículo 1.2 CE residencia la soberanía nacional exclusivamente «en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado», entre ellos, por supuesto, el poder legislativo. Y ese poder está en manos de las Cortes Generales, las cuales «representan al pueblo español» –a los ciudadanos en su conjunto, no a territorios– y están formadas «por el Congreso de los Diputados y por el Senado». Esto es, tanto una cámara como la otra representan voluntades ciudadanas y no voluntades territoriales. A ello cabría añadir, en segundo lugar, que ese apartado 1 del artículo 69 CE viene seguido de 5 apartados más en los que la Constitución diseña una composición del Senado que muy poco tiene que ver con la propia de una cámara de representación territorial. Y, más relevante aún, en tercer y último término, el reparto

de funciones que la Constitución establece entre Congreso de los Diputados y Senado en los preceptos que siguen a ese artículo 69, en relación, principalmente, con la potestad legislativa de las cámaras y con la potestad de control del Gobierno por las mismas.

En definitiva, el conjunto del régimen constitucional de las Cortes Generales, en tanto que órgano representativo, así como la clara voluntad del constituyente reflejada en los trabajos parlamentarios de elaboración de tales preceptos³², nos ponen ante la evidencia de que el constituyente pretendió configurar exactamente el tipo de Senado que hoy tenemos: una cámara de segunda lectura legislativa, de composición ligeramente más territorializada que el Congreso de los Diputados (cuya composición también lo está), sin más función típicamente territorial que la activación del control coactivo estatal sobre las Comunidades Autónomas previsto en el artículo 155 CE.

No pretendo sugerir con ello, al menos no por este motivo, que no se deba llevar a cabo la reforma del Senado para hacer de él una verdadera cámara de representación territorial, lo que afirmo es que la razón de hacerlo no sería nunca cumplir con un mandato constitucional que en realidad no es tal. Y prueba evidente de ello es que en este momento ya nadie duda que para alcanzar ese fin no bastaría con una reforma del reglamento parlamentario, siendo precisa una reforma profunda de ese régimen constitucional al que nos hemos referido³³.

6.2 La Constitución no permite ir a cualquier modelo de Senado o a un sistema sin Senado

También es ampliamente admitida la idea de que nuestra Constitución no permite cualquier tipo de reforma para el Senado. Concretamente, una parte muy mayoritaria y muy relevante de la doctrina, viene sosteniendo que el modelo de Senado-Consejo o Senado de Gobiernos no es viable, no encajaría en nuestro sistema institucional por cuanto la CE1978 prohíbe expresamente el mandato imperativo³⁴. Bajo esa premisa, sólo cabría configurar un Senado mucho más *territorializado* en su composición y, sobre todo, en sus funciones, pero que mantuviera la naturaleza de cámara parlamentaria integrada por representantes no sometidos a mandato imperativo. Asimismo, se ha afirmado

³² Vid. Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados, n.º 130, en sesión plenaria n.º 52, de 31 octubre de 1978.

³³ Vid., por todos, ya en los años noventa, GARRORENA MORALES (1995, 70-71).

³⁴ Vid., por todos, GONZÁLEZ-TREVIJANO (2006, 835).

que la supresión completa del Senado resultaría incompatible con la vigencia de los valores democráticos esenciales sobre los que se asienta nuestro modelo de Estado políticamente descentralizado³⁵.

A mi criterio, partir de esta premisa es empezar haciéndonos trampas al solitario, salvo que aceptáramos de forma completa la tesis esgrimida por Solozábal Echavarría. Este autor defiende la existencia de cláusulas de intangibilidad implícitas en nuestra Constitución relativas al principio democrático –que ya es una primera condición, al menos, discutible– y a la ineludible conexión del mismo con la condición descentralizada de nuestro modelo territorial –que es, a mi juicio, un salto muy difícilmente justificable–. Mas, si así lo entendiéramos, una «rectificación cualitativa»³⁶ de tal descentralización –pensemos, por ejemplo, en la supresión de la cámara de representación territorial– podría encontrar límites no expresos pero sí implícitos en la CE1978. Sólo si aceptáramos esta tesis minoritaria, cabría partir de la premisa de que no cualquier tipo de reforma del Senado es posible y habríamos, pues, de iniciar cualquier análisis del problema por la concreta delimitación de tales fronteras constitucionales insalvables.

Pero en cualquier otro caso, partir de esta premisa nos llevaría a desarrollar argumentos parcialmente tramposos. Por una lado, ¿acaso la condición territorialmente compleja del Estado obliga necesariamente al diseño de un sistema bicameral? Entiendo que no. Primero, porque una segunda cámara territorial no es la única solución posible para articular la necesaria integración de las partes del modelo territorial. Y, segundo, porque esa eventual única cámara de representación pudiera configurarse en su composición y funciones de modo que reflejara suficientemente la complejidad territorial del modelo. Y, por otro lado, ¿en realidad la prohibición constitucional del mandato imperativo impide configurar un Senado de Gobiernos? A tal respecto, cabría preguntarse, de inicio, si un Senado modelo Consejo sería, efectivamente, una cámara parlamentaria o no. Y, por tanto, si sus miembros serían parlamentarios o no. Y, consecuentemente, si se encontrarían vinculados por aquella prohibición. Mas, aun aceptando como hipótesis que la respuesta pudiera ser afirmativa, ¿acaso no sería reformable el tipo de mandato de los senadores?, ¿acaso no podría configurarse un mandato de distinta naturaleza en una cámara y en otra, reforma constitucional mediante? Si no aceptamos la tesis de los límites constitucionales implícitos a la reforma de la Constitución, cualquier modelo de Senado es posible, modificando a tal efecto en la Constitución todo lo sea preciso reformar.

³⁵ *Vid.* una completa síntesis del debate doctrinal sobre esta cuestión en RUIPÉREZ ALAMILLO (2014).

³⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA (2014, 20-22).

7. LA NECESIDAD DE INVERTIR EL SENTIDO DE LA MARCHA

7.1 La casa por el tejado: la composición de la Cámara no es el *prius*

Cuando se hace un repaso por la extensa literatura jurídica publicada en los últimos años sobre este tema, llama poderosamente la atención que el eje fundamental del análisis no sea normalmente la posición del Senado dentro del entramado institucional del sistema, esto es, qué papel está llamado a jugar el Senado dentro del mismo y, consecuentemente, cómo debe ser la relación o el reparto de funciones con otros órganos que también vehiculan o representan la voluntad política de la ciudadanía, muy principalmente con el Congreso de los Diputados.

Da la impresión de que hemos venido centrando nuestra atención en cómo reconfigurar la composición de esta segunda cámara. Y hemos seguido razonando a partir de ese primer eslabón. Sin duda, resolver el problema de qué es lo que se representa en el Senado y, por tanto, qué composición debe tener es una pieza clave de cualquier reforma, pero no debe ser nunca la primera cuestión a considerar. Se suele optar por una determinada composición, es decir, por un concreto modo de representar esa presunta voluntad territorial y, como consecuencia de ello, se propone un elenco de funciones que habrían de ser las propias de una cámara territorial compuesta de tal modo. Y es esa configuración y esas funciones atribuidas al órgano lo que le da una posición en el modelo y unas condiciones de relación con la Cámara baja y con el resto de órganos y foros de integración, participación y colaboración interterritorial.

A mi juicio, habríamos de plantear el viaje en sentido inverso. La decisión sobre la voluntad a representar en el Senado no debe llevarnos inmediatamente a plantear un tipo de composición de la institución, sino su posición global dentro del modelo. Esto es, cuál es el papel que pretendemos dar al órgano que encarnará esa voluntad *territorial* que pretendemos representar. Cuáles habrían de ser los equilibrios de poder entre éste y el Congreso de los Diputados y cómo habría de relacionarse con otros órganos donde, de algún modo, también se manifiesta una voluntad política territorial o territorializada (v.g. Conferencia de Presidentes, Conferencias Sectoriales, Comisiones Bilaterales, etc.). Como consecuencia de esa primera gran decisión, vendría la segunda: qué concretas funciones (legislativas, ejecutivas) habría que atribuir a un órgano de tal naturaleza. Y, a su vez, consecuentemente también, la tercera y última, qué composición es la más pertinente para el correcto ejercicio de esas concretas funciones. Dicho de otro modo, no es la opción por un Senado-cámara parlamentaria o por un Senado-Consejo lo que debe condicio-

nar las funciones que se le atribuyen sino, muy al contrario, habría de ser la decisión sobre las funciones a ejercer por ese tipo de institución lo que determinara su composición final que, a la postre, al menos en el ámbito de lo jurídico, habría de ser lo menos trascendente³⁷.

7.2 Algunas funciones territoriales del Senado a reconsiderar

Como hemos avanzado al inicio de este trabajo, por lo que se refiere a la reformulación que la doctrina viene proponiendo de las funciones que actualmente ostenta el Senado, con trazo muy grueso podríamos sintetizar el estado de la cuestión de la siguiente manera: hay acuerdo generalizado en que nuestro Senado, en una reforma constitucional que lo *territorializara* debidamente, habría de mantener las funciones que hoy le corresponden y habría de potenciar o añadir algunas otras.

En relación con las primeras, es comúnmente admitido que, concretamente, la activación del mecanismo coercitivo previsto en el artículo 155 CE debe seguir correspondiendo en exclusiva al Senado, en tanto que cámara de representación territorial. Nadie lo ha cuestionado³⁸. Y no se ha hecho porque no se parte de esa visión previa de conjunto que demandábamos líneas atrás.

Por supuesto que no cabe desconocer que este tipo de cláusulas de aseguramiento del sistema atribuyen esa potestad de coerción federal a los Senados en aquellos Estados en los que los sujetos territoriales son los titulares del pacto federal. Es lógico y natural que sea la Cámara donde se representan las voluntades de tales sujetos la encargada de verificar y, en su caso, actuar contra aquellas vulneraciones más graves del citado pacto. Sin embargo, en un Estado unitario muy descentralizado y con fuertes pulsiones centrífugas como el nuestro, si fuéramos a un modelo de Senado verdaderamente territorial, donde estuvieran representadas las voluntades de las Comunidades Autónomas en tanto que tales, cabría plantearse si es a esa Cámara a la que deberíamos atribuir el diagnóstico y tratamiento coactivo del supuesto de hecho al que se refiere el artículo 155 CE. Dicho de otro modo, ¿es acaso el «interés general de España» que ese precepto constitucional pretende proteger la mera suma de los intereses territoriales que estarían representados en ese hipotético nuevo Senado? Entiendo que, del mismo modo que respecto de otras decisiones que adopta inicialmente el Congreso de los Diputados el Senado tiene también una participación tendente a corregir o

³⁷ En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA ROCA (2006, 47).

³⁸ *Vid.*, por todos, VARELA SUANZES-CARPEGNA (2006, 167-168).

completar con prisma territorial la que deba ser decisión final de las Cortes Generales, también aquí, en el caso de que convirtiéramos el Senado en una verdadera cámara de representación territorial, habría de plantearnos, al menos, que el artículo 155 CE dejara de ser una función exclusiva del mismo.

Por lo que se refiere a las segundas, a las funciones a potenciar, también existe consenso generalizado en entender que debe darse a la Cámara Alta un mayor protagonismo –compartido, prevalente o exclusivo– en relación con la tramitación en Cortes Generales de decisiones legislativas que tengan especial interés o relevancia para las Comunidades Autónomas. A ello cabe presentar dos tipos de objeciones diferentes:

En primer lugar, que se ha logrado todavía resolver los principales problemas de orden técnico que esa iniciativa suscita. Y no son pocos: ¿cuál sería concretamente el ámbito objetivo de esas leyes de especial interés autonómico?, ¿en qué consistiría ese mayor protagonismo del Senado durante su iter legislativo (iniciativa legislativa del Senado, toma en consideración por el Senado, primera lectura en el Senado, decisión prevalente del Senado frente al Congreso, veto suspensivo del Senado, veto absoluto...)?, ¿cuál sería el impacto de esa reforma procedimental en nuestro ya muy complejo sistema de fuentes? Son todas ellas cuestiones abordadas pero todavía no suficientemente resueltas por la doctrina.

Y aun si tales controvertidos extremos resolviéramos eficazmente, en segundo lugar, cabría que nos interrogáramos sobre si de verdad es éste el mejor modo de alcanzar la integración, la participación, la corresponsabilidad de las Comunidades Autónomas en las decisiones y competencias estatales y, con ello, conseguir también reducir la conflictividad legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el supuesto de que un Senado *territorializado*, donde las Comunidades Autónomas estuvieran bien representadas en cuanto tales, tuviera una posición verdaderamente decisiva en la adopción de este tipo de decisiones legislativas, salvo que se alcanzara en la cámara una rarísima unanimidad de los grupos territoriales, ¿no estaríamos también en un escenario de potencial conflicto entre el Estado y las Comunidades Autónomas minoritarias que se hubieran opuesto a la aprobación de la ley?

Entiendo que la integración de las partes en el todo y la reducción de la conflictividad normativa se pueden buscar por otros cauces menos complejos y, a la vez, más eficaces. Hemos centrado tanto la atención en la participación de las Comunidades Autónomas en la legislación estatal que hemos descuidado el enorme potencial de la colaboración multilateral en el plano ejecutivo. No son parcelas incompatibles, se podría, en efecto, potenciar la colaboración legislativa y la ejecutiva. Pero, aun en el supuesto de que los territorios no

participaran en la decisión legislativa desde un Senado en que estuvieran correctamente representados, el ámbito de la ejecución de la ley tiene un amplísimo y muy relevante margen de maniobra para la cooperación multilateral, en el que además podría manifestarse más adecuadamente la voluntad territorial. Poner el acento en ello nos llevaría, lógicamente, a pensar más en un Senado-Consejo que en una Cámara parlamentaria.

8. COROLARIO

Todo lo hasta aquí dicho nos lleva a concluir que, sin duda, no es éste el momento adecuado para abordar ningún tipo de reforma del Senado. La definición misma del modelo territorial está en el aire y, además, una ruidosa minoría pretende quiebra definitiva, actuando para ello al margen de los límites propios de cualquier Estado de Democrático y de Derecho, valga –en este caso– la redundancia. Sobre esas bases no se puede reconfigurar nada y, menos aún, diseñar una institución llamada a articular las voluntades territoriales del sistema. Asimismo, instrumentalizar una reforma del Senado como medio para intentar resolver la crisis territorial en la que estamos instalados –ya demasiado tiempo– resultaría claramente ineficaz y contraproducente.

En todo caso, si tal reforma se abordase –en las actuales circunstancias o un momento diferente– habríamos de liberarnos previamente de ese *corsé* en que parece haberse convertido la afirmación del artículo 69.1 CE de que el Senado es –o debe ser– *cámara de representación territorial*. Habría que empezar por responder al interrogante de qué es lo que nuestro sistema necesita para alcanzar los fines que se propone. Y, desde luego, además de otras cosas, se ha demostrado todos estos años la necesidad de un órgano integrador de la colaboración multilateral entre los centros territoriales de decisión y el Estado. Un órgano con poder *real* capaz de *atraer* para sí a las Autonomías menos cooperantes, donde se tomen decisiones relevantes y vinculantes para el conjunto del modelo territorial. Es preciso también, en segundo lugar, una intensificación del *federalismo de ejecución*, para lo cual un foro de coordinación territorial donde se pudieran alcanzar acuerdos relativos a las muy amplias y decisivas potestades ejecutivas que las Comunidades Autónomas ostentan en prácticamente todos los sectores de actividad regulados por el Derecho supondría un paso de gigante en aquella dirección. En tercer y último término, habríamos de centrar nuestros esfuerzos en encontrar un modelo que, además de una adecuada representación formal de la *territorialidad*, nos permitiera huir en lo posible de ese manto que todo lo cubre – y lo mancha – de la partitocracia. Lo cual supondría alejarnos de mode-

los de elección directa por los ciudadanos o indirecta por los parlamentos regionales, pues de esos modos se afecta, sin duda, a la vía de acceso al escaño «pero no a la condición, vínculos e identidad del designado»³⁹.

La conjunción de estas tres condiciones nos acercaría, evidentemente, a un modelo más próximo al del Consejo –al Senado de Gobiernos– que a una Cámara parlamentaria. Por ello resultaría imprescindible calibrar muy bien el alcance de las funciones que le atribuyéramos, a fin de hacer compatible un tipo de Senado de esa naturaleza y composición con las exigencias propias del principio democrático. No se trataría, por supuesto, de trasladar, sin más, el modelo alemán de Consejo, sino de configurar un órgano *sui generis* adaptado a nuestra concreta realidad territorial –que, cualquiera que ésta acabe siendo, no es ni será desde luego la alemana– .

¿Qué no existe algo así en Derecho Comparado? Probablemente no. Pero, ¿acaso hay un modelo territorial siquiera parecido en lo esencial al nuestro en Derecho Comparado? Por supuesto que no. ¿Qué no existe tampoco un precedente similar en nuestra tradición histórica? No existe. Pero, ¿acaso podemos encontrar en nuestra historia constitucional un sistema de reparto territorial del poder como el actual? Potencialmente sólo el de la CE1931 si hubiera podido ser desarrollado por el legislador y, curiosamente, aquella Constitución optó por un sistema monocameral sin Senado.

Si realmente nuestro modelo territorial es estructuralmente distinto a todos los demás –y así lo llevamos repitiendo con insistencia estos últimos cuarenta años– , cuando se den las condiciones políticas para poder abordar esta cuestión, hagamos también un Senado diferente.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHUMADA RUIZ, M. (2008), «La Cámara de los Lores», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Temas del Senado, Madrid, pp. 215-286.
- AJA FERNÁNDEZ, E. (2008), «Propuestas de reforma constitucional del Senado», en González Hernández, E. y otros (Dirs.), *España Constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Tomo 4, CEPC, Madrid, pp. 3403-3420.
- AJA FERNÁNDEZ, E. y ARBÓS MARÍN, X. (1980), «El Senado, cámara posible de las autonomías», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 17, pp. 27-66.

³⁹ GARRORENA MORALES (1995, 74).

- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2004), «La representación territorial», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, n.º 3, pp. 1-48.
- (Coord.) (1996), *Ante el futuro del Senado*, IEA, Barcelona.
- ALONSO DE ANTONIO, J. A. (1999), *Estudio sobre la reforma del Senado*, MAP, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (1998), «La Constitución territorial española como Constitución compleja. Modelo de Estado y Estatutos de Autonomía», en Vera Santos, J. M. (Coord.), *El Senado como cámara de representación territorial y la función de los Parlamentos autonómicos*, Dykinson, Madrid, pp.107 y ss.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2006), «El Senado, Cámara de conexión entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea», en Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (Eds.), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, pp. 746 y ss.
- BLANCO VALDÉS, R. (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- (2015), «El mito político de los senadores territoriales (un estudio de Derecho comparado)», en AA. VV., *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 297-326.
- CASTELLÁ ANDRÉU, J. M. (2017), «El Senado ante el debate de su reforma, ¿continuidad, reforma o ruptura del modelo constitucional vigente?», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 24, pp. 1-17.
- CAVERO LATAILLADE, I. (1998), «Las Cámaras altas en Derecho Comparado», en Vera Santos, J. M. (Coord.), *El Senado como cámara de representación territorial y la función de los Parlamentos autonómicos*, Dykinson, Madrid, pp. 77 y ss.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2011), «El Senado y su reforma (un clásico de nunca acabar)», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 23, pp. 167-206.
- DE CARRERAS SERRA, F. (2008), «El Senado: control político y eficacia funcional», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Temas del Senado, Madrid, pp. 82 y ss.
- DE CUETO NOGUERAS, C. (2001), «La organización territorial del Estado austriaco: ¿un caso de regionalismo o federalismo unitario?», *Revista de Estudios Regionales*, n.º 60, pp. 111-129.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1996), «Reflexiones en torno a la reforma constitucional del Senado», *Revista de Derecho Político*, n.º 42, pp. 35-53.
- GARCÍA ROCA, J. (2006), «Encuesta sobre el Senado y su hipotética reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, pp. 47 y ss.
- GARRORENA MORALES, A. (1995), «¿Reforma del Reglamento del Senado o reforma del Senado?», *Anales de Derecho*, n.º 13, pp. 67-78.
- (1995), «Una propuesta para la reforma constitucional del Senado», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 34, pp. 7-49.
- (2006), «Encuesta sobre el Senado y su hipotética reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, pp. 53-54.

- (2009), «Nuevas condiciones desde la que replantear el cometido de la doctrina respecto de la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 145, pp. 11-31.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. (2006), «Una reforma constitucional del Senado o una Cámara en busca de autor», en Rubio Llorente, F. y Álvarez Junco, J. (Eds.), (2006), *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del informe y debates académicos*, Consejo de Estado-CEPC, Madrid, pp. 835 y ss.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (2002), «El Senado reformado: ¿Cámara o Consejo? (o por qué no es procedente el *Bundesrat* como modelo)», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 40, pp. 75-98.
- PORTERO MOLINA, J. A. (1995), «Contribución al debate sobre la reforma del Senado», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 87, pp. 81-105.
- PUNSET BLANCO, R. (1979), «El Senado en la nueva Constitución Española», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 57, pp. 137-160.
- (2004), «Razón e identidad del Senado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 70, pp. 27-42.
- (2006), «De un Senado a otro. Reflexiones y propuestas para la reforma constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, pp. 107-142.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2014), «¿Podría suprimirse el Senado español mediante la técnica de la reforma constitucional?», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 34, pp. 155-192.
- SÁENZ ROYO, E. (2017), «El bicameralismo en el siglo XXI. Los últimos debates sobre el Senado en Derecho Comparado», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 40, pp. 507-527.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1986), «Representación y pluralismo territorial», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 50, pp. 69-100.
- (2008), «Nuevas perspectivas sobre la reforma del Senado», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *Repensar el Senado. Estudios sobre su reforma*, Temas del Senado, Madrid, pp. 20 y ss.
- (2014), «Una propuesta de cambio federal», en Solozábal Echavarría, J. J. (Ed.), *La reforma federal. España y sus siete espejos*, Biblioteca Nueva, Madrid, pp. 20-22.
- TORRES DEL MORAL, A. (2003-04), «Veinticinco años de Senado», *Revista de Derecho Político*, n.º 58-59, pp. 481-502.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2006), «La reforma constitucional del Senado», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 17, pp. 143-168.
- VERA SANTOS, J. M. (1997), *Senado territorial y presencia de notables*, Departamento de Publicaciones del Senado, Madrid.
- VERNET I LLOBET, J. (1997), *El sistema federal austríaco*, Marcial Pons, Madrid.

IL SENATO DELLE AUTONOMIE TERRITORIALI: QUALE FUTURO IN ITALIA E IN SPAGNA?

SERENELLA MIGLIORINO
Università degli Studi di Palermo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la nascita di modelli federali di governo. 2. Il raccordo Stato-Autonomie territoriali nella prospettiva di riforma del bicameralismo in Italia e in Spagna. 3. Riflessioni conclusive: un futuro incerto. 4. Riferimenti bibliografici.

1. INTRODUZIONE: LA NASCITA DI MODELLI FEDERALI DI GOVERNO

Se si volesse parlare, all'inizio del terzo millennio, di Stato federale, non si dovrebbero prendere le mosse dalle ricostruzioni teoriche del diciannovesimo e del ventesimo secolo, bensì partire dall'osservazione dei reali fenomeni istituzionali degli ultimi decenni: è facile allora osservare che i modelli federali di governo hanno incontrato un grande successo politico, a cui si è accompagnata una significativa ripresa degli studi su di essi.

Si prenderanno allora le mosse dalla nozione di «federalismo» offerta da auterovele dottrina¹, secondo cui con tale termine si suol designare «la tendenza, presente come fenomeno abbastanza diffuso nella storia moderna, a organizzare ordinamenti politico-giuridici, ripartendo i poteri di comando tipici

¹ Vid. in particolare BOGNETTI (2001).

dello Stato tra enti politici distinti – un apparato di governo centrale e una pluralità di apparati di governo periferici, l'uno e l'altro sovrapposti allo strato delle semplici autorità amministrative municipali o locali» (Bognetti, 2001).

Il processo di costruzione di un'Europa politica, dotata di una costituzione e di strutture di governo sopranazionali, è stato accompagnato, infatti, da fenomeni di regionalizzazione (oltre che di rafforzamento del decentramento) e di crescita delle autonomie territoriali che hanno coinvolto quasi tutti gli Stati Europei, sia quelli di tradizione federale sia quelli tradizionalmente unitari.

Guardando, dunque, all'Europa è facile accorgersi come le esperienze federali e regionali non solo siano largamente diffuse, ma vivano oggi una fase di rilancio. Come afferma lo stesso Bognetti «sopravvenuto lo stato sociale, le molte voci che sul continente europeo già in epoca liberale avevano invocato il superamento o almeno un grosso temperamento dell'unitarismo, si sono ingrossate, hanno fatto coro potente, e alla fine, sul continente, hanno prevalso un po' dappertutto» (Bognetti, 2001).

Nel corso di tale processo di riscoperta delle esigenze di autonomia e di modelli di governo federale le esperienze istituzionali si sono fortemente modificate, molti paesi hanno abbandonato le tradizionali forme di Stato centralizzate, assumendo modelli intermedi tra l'assetto propriamente federale e il rafforzamento delle istanze regionali.

Pertanto, l'erosione della sovranità dello Stato ha stimolato il bisogno di nuove forme di governo basate sulla ripartizione delle competenze tra il livello nazionale e i livelli inferiori (e superiori) di governo. Si promuoveva la distribuzione del potere tra più livelli di governo, da quello subnazionale a quello nazionale (e sovranazionale), in modo da rendere compatibile l'autogoverno locale e regionale anche con i poteri e le istituzioni nazionali (e sovranazionali).

Nella letteratura della scienza politica contemporanea questa riorganizzazione del potere politico è chiamata «governance multilivello»². Questa espressione echeggia la visione federalista delle istituzioni politiche e ci invita a ripensare e a rimettere in discussione il modello tradizionale dello Stato unitario. Vale la pena ricordare che autorevole dottrina definisce il governo federale «quel sistema di ripartizione del potere che permette al governo centrale e a quelli regionali di essere, ciascuno nel suo ambito, coordinati e indipendenti» (Wheare, 1997).

Risulta allora appropriato qualificare tale organizzazione istituzionale «governo multilivello», in quanto consente di associare la coesistenza di diver-

² Per un approfondimento cfr. FALUDI (2012).

si livelli di governo con l'apertura e la sovrapposizione delle singole comunità territoriali.

Mette conto osservare che il modello federale e il modello regionale sono espressione di un'unica forma organizzativa che comporta un decentramento dello stato unitario tramite la necessaria presenza di autonomie territoriali e politiche. Se, sulla scia di questi autorevoli orientamenti, sono queste le radici su cui è cresciuto il federalismo, ci appare ragionevole che il tema non è più lo «Stato federale», poiché questo modello, nel suo senso tipico di fase intermedia fra lo Stato unitario e la Confederazione di stati, è strettamente legato alla storia dello «Stato nazionale» e alla storia del suo superamento. Per contro, oggi, si va sviluppando la richiesta di modelli federali di governo, vale a dire di modelli che tentino di coniugare un certo livello di unitarietà con un significativo grado di autonomia dei livelli substatali e intermedi di governo. E' questo il modello verso il quale oggi appaiono dirigersi l'Italia e la Spagna, paesi, che, per ragioni non sempre identiche e con metodi non sempre uguali, si sono dotati di strutture regionali di governo e che vivono oggi, sia pur in diverse forme, una fase di rafforzamento delle autonomie substatali.

Il percorso evolutivo di tali Stati decentrati indica, infatti, che la realizzazione di uno stabile equilibrio istituzionale deve essere basata su una concertazione bilanciata tra i diversi livelli di governo e su meccanismi di raccordo, comunicazione ed interrelazione costante e bilaterale tra Stato centrale e governi territoriali.

A tal proposito, la questione della creazione di efficaci sedi di raccordo tra Stato ed autonomie territoriali rappresenta uno degli aspetti maggiormente problematici nella configurazione di tali sistemi istituzionali.

Si è, infatti, palesata sia in Italia che in Spagna la necessità di approvare riforme tese a favorire processi di decentramento che riconoscessero ambiti di competenza via via maggiori agli enti territoriali, nella consapevolezza che essi, in quanto enti più prossimi ai cittadini rispetto alle istituzioni europee ed agli stessi Stati, possono essere in grado di captare meglio le realtà del tessuto socio-economico locale sulle quali le azioni e le politiche europee sono destinate ad impattare.

Si avverte, dunque, la necessità di creare forme di raccordo tra i vari livelli di governo, che siano maggiormente in linea con lo spirito innovativo delle riforme cosiddette «territorialmente orientate», e che permettano, in particolare, una partecipazione più efficace ed organica delle Regioni (in Italia) e delle Comunità Autonome (in Spagna) alla legislazione statale. Sembra, dunque, davvero imprescindibile la considerazione congiunta e comparata delle recenti vicende istituzionali italiane e spagnole. Il nodo centrale della relazio-

ne consiste nella necessità di allargare lo spettro della rappresentanza territoriale, affrontando il problema tutt'oggi irrisolto dell'inserimento delle Regioni – nonostante i dubbi da taluno manifestati – e delle Comunità Autonome nei circuiti decisionali che fanno capo al Parlamento.

2. IL RACCORDO STATO-AUTONOMIE TERRITORIALI NELLA PROSPETTIVA DI RIFORMA DEL BICAMERALISMO IN ITALIA E IN SPAGNA

Lo sviluppo di forme di organizzazione regionale è strettamente collegato ad esigenze di ristrutturazione dell'amministrazione centrale e periferica: unità e indivisibilità, autonomia e decentramento costituiscono, così, la «spina dorsale» dell'articolazione territoriale dei poteri di uno Stato composto-qualè l'Italia o la Spagna.

Lo Stato composto, anche detto Stato autonomico in onore alla tradizione spagnola, si realizza infatti quando il potere viene distribuito fra lo Stato centrale e gli enti territoriali periferici, a cui vengono attribuite competenze di tipo legislativo e di indirizzo politico oltre a quelle di tipo amministrativo. In questo caso si parla di decentramento politico, riferendosi a tutti gli Stati non centralizzati, con una distribuzione più o meno articolata delle funzioni di governo fra più livelli.

Per affrontare l'odierno processo di sviluppo di modelli di ispirazione federale, in Italia e in Spagna, si deve, preliminarmente, effettuare una considerazione generale: nei grandi Stati di democrazia liberale e sociale, il potere politico ha subito un contemporaneo – e solo apparentemente contraddittorio – fenomeno di diffusione/dispersione e di accentramento/concentrazione. Tuttavia, solo apparentemente queste linee di tendenza sono contraddittorie: l'elemento che le accomuna è l'incapacità delle forme della rappresentanza politica, così come tradizionalmente organizzate nelle Assemblee rappresentative delle democrazie liberali, di rispondere in modo soddisfacente alle trasformazioni delle democrazie moderne.

A questi fenomeni si accompagna una crisi del Parlamento, come luogo di rappresentanza politica, pensato e concepito, nelle sue funzioni ed attività, in relazione alle omogenee e oligarchiche democrazie liberali europee del diciannovesimo secolo: ma oggi, da un versante, non più in grado di cogliere le molteplici microdecisioni che vengono prese sul territorio; e, dall'altro, egualmente non più capace di interloquire con le strutture governative, chiamate a decisioni sempre più veloci, rapide e gravide di conseguenze, chiamate soprat-

tutto a confrontarsi continuamente con i livelli substatali di decisione politica ed economica.

Di conseguenza, al cospetto di tali assetti costituzionali e organizzativi, il primo interrogativo che viene posto è: se in tali Stati la sovranità è ripartita tra differenti livelli di governi, come si riflette tale policentrismo istituzionale sull'assetto organizzativo del Parlamento?

Il Parlamento, quale luogo di realizzazione del principio democratico della sovranità popolare, è chiamato infatti a svolgere il delicato ruolo di ponte tra governanti e governati e, quale sede della rappresentanza generale, è chiamato a dare espressione alle molteplici esigenze espresse dal pluralismo territoriale.

L'ipotesi di un ramo del Parlamento come sede istituzionale di rappresentanza territoriale trova la sua fonte ispiratrice – soprattutto in seguito alla crescita della posizione di Regioni ed enti locali, che fa sì che l'accostamento non risulti affatto improprio – nelle esperienze federali, in cui, accanto ad una Camera politica, rappresentativa dell'intera comunità nazionale, la seconda Camera si giustifica per il collegamento con gli enti costitutivi della federazione, che attraverso di essa possono prendere parte all'esercizio delle funzioni centrali.

Bisogna a tal proposito riconoscere che gli studi di diritto comparato evidenziano un forte nesso tra federalismo e bicameralismo. Difatti, anche se non tutti gli stati federali sono dotati di una Seconda Camera (o Camera Alta), tutte le Seconde Camere di ordinamenti federali rappresentano le entità federate. A questo dato certo si giunge agevolmente per il tramite della ricerca comparatistica, rilevando che una delle due Camere del Parlamento di uno Stato federale è sempre finalizzata a dare la rappresentanza agli enti territoriali, ovvero agli enti che hanno la potestà legislativa. Le differenze possono solamente riguardare i criteri di scelta dei rappresentanti e le competenze ad essi assegnate.

Si evince, dunque, che alla rappresentanza politica espressa nelle Camere basse fa da contraltare la rappresentanza territoriale espressa nelle Camere alte.

Nell'ordinamento italiano, le soluzioni istituzionali delineate nella Carta Costituzionale del 1948 segnano un'operazione culturale di importante significato. L'intensità del dibattito in ordine all'assetto parlamentare e alle forme di rappresentanza della seconda Camera confermano la natura pluralista del processo costituente, il cui esito è stato un «sistema bicamerale pressoché unico al mondo, con due Camere non solo identiche per i poteri che esercitano, ma anche uguali nella struttura rappresentativa» (Amato, 1980): un bicameralismo paritario e indifferenziato, cui si perviene «non sulla base di un disegno preciso, ma, nella sostanza, per una serie di no: no alle ipotesi monocamerali-

ste, non al Senato corporativo, no al Senato delle Regioni» (Barbera,1981). Già in sede costituente, quindi, si discusse sull'opportunità di istituire un Senato rappresentativo delle Regioni, in ottemperanza al principio delle autonomie locali e funzionale alla tutela degli interessi delle Regioni stesse.

Tuttavia la spinta regionalistica non trovò nelle battute conclusive terreno fertile in sede costituente e non giunse all'approvazione finale. Nessuna forza politica intendeva porre le basi per una configurazione federale dello Stato. Il principio di rappresentanza regionale, alla fine, venne svalutato, sono stati soppressi gli elementi che avrebbero potuto imprimere un carattere regionalistico alla seconda Camera, e l'unica caratteristica rimasta si riferisce all'elezione «su base regionale», sebbene – come è stato notato – un siffatto sistema di elezione non abbia una particolare efficacia prescrittiva dal momento che la costituzione dei collegi elettorali avviene nell'ambito territoriale della Regione stessa.

Sono state poi le grandi novità sostanziali introdotte dalla riforma del Titolo V del 2001, sotto il profilo della valorizzazione del ruolo e della crescita di competenze di Regioni ed enti locali, ad accentuare l'insoddisfazione per la configurazione dei raccordi tra Stato e autonomie, portando a focalizzare sempre più l'attenzione sull'opportunità di introdurre raccordi tra legislativi, in particolare attraverso un intervento di riforma del Parlamento che facesse di una Camera – il Senato – la sede privilegiata della rappresentanza territoriale. Tale istanza è stata fatta propria dalla gran parte della dottrina, che vi ha individuato uno dei maggiori nodi irrisolti della riforma del 2001, e quindi un passaggio di fondamentale importanza per il completamento della stessa, considerando, evidentemente, la presenza di un organo di questo tipo, elemento essenziale per la dinamica di qualunque sistema federale (o tendenzialmente tale).

La struttura bicamerale, la sua ragion d'essere, le attribuzioni delle due Camere, risultano senza dubbio tra i temi più ricorrenti e più controversi del dibattito costituzionale.

Va evidenziato come le molte proposte di modifica del Parlamento repubblicano, assai diverse tra loro, abbiano tendenzialmente riguardato, in una prima fase, la questione del bicameralismo paritario, ponendosi dunque l'obiettivo di una differenziazione per lo più di tipo funzionale tra le due Camere; solo in una seconda fase – sostanzialmente dalla metà degli anni '90, in coincidenza con l'evoluzione dell'ordinamento in senso «federalista», e poi, definitivamente, dopo la riforma del Titolo V del 2001 – a quell'esigenza si è aggiunta, integrandola, la questione della rappresentanza territoriale in Parlamento.

E' bene, a tal proposito, considerare che il superamento del bicameralismo paritario, autentica «anomalia italiana», trova concorde la stragrande maggioranza della dottrina costituzionalistica fin dagli anni settanta: con gli

scritti di Mortati e poi di Occhiocupo sulla Camera delle Regioni, e quindi studi risalenti ai giorni nostri, tutti favorevoli alla riforma del Senato considerato «un inutile doppione della Camera dei Deputati».

Alla luce di quanto sopra, ci si pone quindi un interrogativo: qual è il motivo per cui si avverte l'esigenza di superare il bicameralismo paritario? La ragione è soprattutto una: completare il processo di federalismo, avviato nel 2001, con la trasformazione del Senato in una Camera rappresentativa delle autonomie territoriali: esigenza determinata dalla insufficienza della attuale rappresentanza politica generale ad esprimere il pluralismo territoriale, proprio della nostra forma di Stato. Questo punto deve essere tenuto fermo e rappresenta il percorso da compiere per la riforma del bicameralismo.

Non sembra dubbio che, già nell'originario disegno di pesi e contrappesi della nostra forma di governo parlamentare, il Senato sia stato chiamato a svolgere essenzialmente un ruolo di garanzia contro i pericoli dell'assolutismo democratico e del centralismo statale di un ordinamento monocamerale.

Tuttavia, con la sua elezione «a base regionale» esso è stato chiamato ad assicurare, all'interno del Parlamento, un altro tipo di rappresentanza politica: legittimata dalle «forze vive» incubate ed espresse nei contenitori territoriali.

«Pietra angolare delle garanzie costituzionali» (Guarino, 1953): la risalente definizione appare dunque ancora valida. La questione della necessità – e delle effettive attribuzioni – della seconda camera ruota (e deve ruotare) perciò, intorno al concetto di garanzia.

Trattasi della garanzia che il pluralismo espresso dalle autonomie dell'art. 114 Cost. sia inserito nelle procedure di governo: sia cioè «parlamentarizzato». Parlamentarizzare qui significa due cose: attuare l'art. 5 della Costituzione, cioè adeguare alle esigenze delle autonomie territoriali «i principi e i metodi della legislazione» e attuare l'art. 67, cioè assicurare che anche i senatori eletti su «base regionale» (art. 57) rappresentino la «Nazione».

Ciò vuol dire che essi non si devono limitare a rappresentare gli interessi territoriali ma concorrono ad un «modo di produzione dell'unità» diverso da quello che si esprime nella Camera dei deputati. L'art. 114, l'art. 5 e l'art. 67 disegnano così un triangolo «costituzionale», uno spazio garantito da principi supremi: il pluralismo, l'unitarietà repubblicana, il parlamentarismo. Si ritiene allora che una riforma ben temperata difficilmente potrebbe ignorare questo triangolo. Il ruolo di garanzia costituzionale del Senato deve perciò trovare effettività in una sua composizione capace di integrare concretamente, con il «punto di vista» territoriale, la capacità rappresentativa dell'altra Camera.

In quale direzione deve volgere, allora, l'integrazione della rappresentanza politica espressa in Senato? Una revisione costituzionale dovrebbe modifi-

care la struttura e la composizione del Senato in modo tale da garantire una effettiva integrazione della rappresentanza politica generale propria della Camera dei deputati.

L'apporto del Senato – a garanzia degli equilibri democratici del sistema – dovrebbe caratterizzarsi per un preciso scopo: la rappresentazione politica degli interessi territoriali in funzione della loro composizione – attraverso il confronto e il conflitto – nell'interesse nazionale. La mancanza di una sede parlamentare di confronto e di concertazione tra i diversi soggetti del pluralismo territoriale è infatti notorio motivo di «sofferenza» per l'intero sistema.

Alla luce di tale principio generale, è naturale che l'introduzione nel nostro ordinamento di una Camera territoriale significhi ridisegnare il sistema bicamerale, con un inevitabile passaggio da un bicameralismo paritario a uno imperfetto, in cui non vi sia più simmetria di funzioni con l'altro ramo del Parlamento.

Bisognerà allora, ai fini di una migliore funzionalità dell'intera macchina del sistema istituzionale, accogliere l'idea che la seconda camera muti e si trasformi rispetto alla fisionomia originaria del 1948, divenendo «Senato delle Autonomie», svolgendo, innanzitutto e soprattutto, un ruolo di raccordo tra le istanze regionali e stabilendo in quella sede le migliori scelte legislative territoriali.

Analogamente, nel sistema costituzionale spagnolo, la riforma del Senato è posta come uno degli aspetti di una più ampia riflessione che riguarda la riforma dello Stato autonomistico spagnolo; come in Italia, però, non c'è concordanza di vedute circa le modalità di realizzazione. In entrambi i paesi si assiste, infatti, a spinte di natura centrifuga degli enti territoriali che si vanno sempre più allontanando dal centro: Regioni e Comunità Autonome rivendicano un maggior numero di competenze per rendersi sempre più autonome rispetto allo stato centrale (emblematiche le vicende politiche e istituzionali, che hanno investito il sistema autonomico spagnolo fortemente asimmetrico, culminate con le istanze di secessione della Catalogna)³.

Tratto comune è, infatti, l'esigenza di una riforma costituzionale, che, tuttavia, non è figlio dei nostri giorni – come si potrebbe pensare – ma è in realtà il prodotto di interrogativi e discussioni che trovano il loro esordio già all'indomani del dibattito costituente.

Con il chiaro intento di lasciare alle spalle il centralismo che aveva caratterizzato il regime autoritario precedente, la Costituzione spagnola del 1978 optò per un modello decentralizzato di organizzazione territoriale del potere. La decisione costituente, in effetti, fu quella di ripartire il potere pubblico tra diffe-

³ Sulla situazione catalana cfr. il recente lavoro monografico di POGGESCHI (2018).

renti istanze di governo territoriale: quelle di livello generale o statale e le altre di livello sub-statale. A tal fine la Carta Costituzionale delineò un sistema bicamerale che rispondeva all'esigenza di dare riconoscimento costituzionale al diritto all'autonomia delle nazionalità che formano la Spagna, qualificando il Senato come «Camera di rappresentanza territoriale» diretta al pieno riconoscimento e coordinamento del pluralismo locale. Il fine era evidentemente quello di dare espressione agli interessi territoriali, meritevoli di essere rappresentati in Parlamento, atteso che l'ordinamento spagnolo riconosceva le Comunità Autonome e gli enti locali, garantendone costituzionalmente l'autonomia.

Il dato di partenza della presente analisi è allora il riconoscimento costituzionale dell'autonomia locale.

Partendo da tale dato, tuttavia, si riscontra che, al di là della previsione costituzionale, il Senato presenta una fisionomia che non è propria di una Camera rappresentativa di interessi territoriali, né in relazione alla sua composizione né in relazione alle sue funzioni: è disfunzionale nel senso che non rappresenta i territori che configurano lo Stato delle Autonomie né svolge le funzioni che dovrebbero spettare a tale dimensione.

In proposito, tra le ragioni di tale disfunzionalità, si annovera anche la dimostrata incapacità di rappresentare i fatti differenziali (c.d. hechos diferenciales) che caratterizzano i singoli territori⁴. Si rammenti a tal proposito che se tale rilievo problematico è stato evidenziato in relazione ad un modello asimmetrico come nel caso della Spagna, sarà bene allora tenerne conto anche nella predisposizione della seconda Camera nel nostro ordinamento, soprattutto in un periodo in cui si intende perseguire la strada del regionalismo differenziato.

In realtà, la questione del bicameralismo spagnolo è abbastanza complessa, nonostante l'apparente semplicità degli enunciati costituzionali che permettono una prima interpretazione in chiave federalista. E' vero che l'art 66 Cost. attribuisce alle due camere che compongono le Corti Generali la rappresentanza del popolo spagnolo e assegna loro le stesse funzioni.

Tuttavia, dalla lettura degli artt. 68 e 69 Cost. si può dedurre che la prospettiva o gli interessi rappresentati nell'una e nell'altra camera sono in realtà diversi e inoltre dal testo costituzionale risulta chiaro che le concrete competenze del Congresso e del Senato sono parzialmente distinte, generalmente con predominio del primo. In effetti, secondo l'art 68 Cost. il Congresso dei Depu-

⁴ Per fatti differenziali si intendono le tradizioni storiche, culturali e giuridiche, previste in Costituzione e che caratterizzano in modo tipico alcune Comunità Autonome spagnole, come la lingua, la bandiera e taluni rapporti giuridici disciplinati dal diritto civile, cfr. CASTELLS ARTECHE (1996).

tati è la Camera che rappresenta tutto il popolo e i deputati sono eletti, non in funzione di un criterio territoriale, ma dalla popolazione stessa da rappresentare. L'art 69 Cost. invece definisce il Senato come Camera di rappresentanza territoriale, coerentemente al modello di Stato delle autonomie che la stessa Costituzione prevede.

Tuttavia, trattasi in vero più di un'aspirazione politica che di una realtà costituzionale: affinché il Senato possa rappresentare un autentico organo di rappresentanza delle Comunità Autonome sarebbe necessario che tutti i suoi membri fossero eletti dagli enti rappresentati. Come ha ripetuto la dottrina, non si può difendere tale qualificazione, poiché né strutturalmente né funzionalmente il Senato riunisce i requisiti che permettono di considerarlo una Camera territoriale.

Pertanto la disfunzionalità del Senato, accompagnata dall'attribuzione alle Comunità Autonome di ampie sfere di autonomia, hanno reso manifesta l'esigenza di facilitare i momenti di raccordo e di cooperazione tra Stato e Comunità Autonome, ma soprattutto l'esigenza di fare del Senato una vera e propria Camera di rappresentanza territoriale.

Le proposte di riforma intendono allora adattare la sua composizione alla qualificazione di camera di rappresentanza territoriale e porre attenzione all'esercizio della funzione legislativa e alle modalità di partecipazione istituzionale nel procedimento legislativo per adattare anche le sue funzione al carattere territoriale della Camera.

Quanto al primo aspetto della composizione, il Senato è attualmente composto da un numero uguale di senatori per ciascuna provincia e ciò potrebbe indurre a pensare che ci si trovi dinnanzi ad un modello in cui siano equiparati i territori; tuttavia, questa affermazione è errata ove si consideri che, oltre ai senatori eletti nelle province, ogni Comunità Autonoma elegge un numero di senatori in base alla sua popolazione. L'uguaglianza iniziale lascia quindi subito il posto a uno squilibrio tra le diverse Comunità.

Quale potrebbe essere, dunque, la composizione di una futura Camera delle Autonomie territoriali? Le possibilità di adattare la composizione alla sua qualificazione di camera di rappresentanza territoriale sono ridotte a due, la prima comporterebbe l'equiparazione del numero di senatori delle Comunità autonome indipendentemente dalla sua popolazione, e la seconda significherebbe indicare un numero determinato di senatori per Comunità Autonoma sulla base della sua popolazione. Entrambe le opzioni, tuttavia, postulano difficili problemi per il Senato, ma la prima sembra essere l'opzione più adeguata per ottenere una camera in cui le Comunità Autonome siano rappresentate

ugualmente e in cui si individui l'unità dello Stato nelle decisioni di politica territoriale.

Quanto al secondo aspetto delle funzioni, il Senato così come configurato attualmente presenta gravi carenze e la più evidente attiene sicuramente alla sua area di competenza. A tal proposito sembra necessario porre l'attenzione alla competenza legislativa e alle modalità di partecipazione istituzionale del Senato nel procedimento legislativo, atteso che riveste il ruolo di camera di seconda lettura e, rappresentando il popolo spagnolo, esercita il potere legislativo insieme al Congresso dei Deputati. Quali potrebbero essere, allora, le funzioni di una futura Camera delle Autonomie? A tal fine, considerando necessaria la partecipazione del Senato a tutti progetti e proposte che elaborano le camere, una prima modifica potrebbe riguardare i tempi di approvazione della legge; una seconda modifica nell'ambito dello stesso potere legislativo potrebbe prevedere che, il Senato, in qualità di camera di rappresentanza territoriale, possa svolgere un ruolo maggiore in tutte quelle proposte di legge che riguardino in modo incisivo le Comunità Autonome. Ciò potrebbe realizzarsi attribuendo ad esempio una speciale preminenza al Senato, che da camera di seconda lettura potrebbe assumere il ruolo principale e avviare la procedura parlamentare.

Al di là delle concrete proposte di riforma, ciò che è certo è l'obiettivo cui deve tendere la riforma costituzionale dell'organo rappresentativo spagnolo: configurare il Senato come autentica camera di rappresentanza territoriale in cui le entità territoriali partecipano attivamente alla politica legislativa dello Stato, soprattutto con riferimento a tutte le questioni che interessano in modo significativo e più da vicino i territori così da assumere un reale ruolo protagonista nella politica territoriale.

Dall'analisi comparata rassegnata è possibile dedurre una considerazione comune sia al sistema costituzionale italiano che spagnolo.

Vi è infatti una domanda alla quale è possibile dare risposta: Quali sono le concrete esigenze che inducono le autonomie territoriali a vedersi rappresentate all'interno di una Camera parlamentare? L'esigenza è soprattutto una: collaborare, in vari modi e forme, alla definizione della legislazione condivisa, ovvero concorrente tra Stato e autonomie territoriali.

La Camera delle autonomie territoriali diventa tale non tanto e non solo perché è composta da rappresentanti degli enti decentrati, ma piuttosto per le funzioni che essa è chiamata a svolgere, e la partecipazione al procedimento di formazione di alcune leggi è da ritenersi l'attività costituzionalmente più rilevante.

Indipendentemente dalla loro composizione, che è variabile, la principale finalità delle stesse è quindi garantire che le istanze territoriali siano rappre-

sentate al centro, ossia a livello nazionale. Questo obiettivo, dunque, dipende, in concreto, dalle diverse modalità e forme – previste dai singoli ordinamenti statali – di coinvolgimento della Camera bassa nel procedimento legislativo, in particolar modo in materie di stretta competenza delle stesse autonomie.

L'effetto di un assetto parlamentare così configurato dovrebbe essere quello di comportare un funzionamento più coerente e meno patologicamente conflittuale anche del nostro sistema, in quanto consentirebbe la formalizzazione del dialogo e della mediazione centro-periferia come regola operativa, attraverso l'attivazione di procedimenti integrati di formazione delle decisioni. Introdurre una effettiva dinamica di questo tipo andrebbe a risolvere molti dei problemi legati sia all'attuazione – tuttora decisamente parziale – della riforma, sia al corretto funzionamento del sistema da essa disegnato.

3. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: UN FUTURO INCERTO

Il panorama comparato ci libera, dunque, da qualsiasi pregiudizio, che pure riaffiora spesso in in ordine al dibattito sulla «riforma territorialmente orientata» in Italia e in Spagna.

In primo luogo, dirsi federalisti o antifederalisti, regionalisti o antiregionalisti, ha ben poco senso: non esiste un modello di federalismo così come non esiste un modello di regionalismo generale e astratto. Pensare che la discussione sui modelli istituzionali verta solo intorno al dibattito federalismo-regionalismo è un errore di prospettiva.

In secondo luogo, sembra evidente che i sistemi federali (o regionali) si sviluppano con un'eccezionale capacità di far tesoro delle esperienze degli altri sistemi federali (o regionali).

In realtà, in Italia e in Spagna, come in Europa e nel mondo, stanno avvenendo contemporaneamente i fenomeni istituzionali appena descritti: spinta verso modelli federali di governo, pluralismo territoriale, decentramento e multilevel governance.

In particolare l'analisi comparata del sistema costituzionale italiano, come delineato nel 1948 e del sistema costituzionale spagnolo nel 1978, ha evidenziato l'attuale fase di transizione che attraversano le istituzioni regionali verso una più matura forma di autonomia, laddove il Governo centrale e le rafforzate entità territoriali cercano i luoghi del dialogo e della concertazione, in attesa che si chiarisca meglio l'ambito delle reciproche competenze legislative e che il processo di revisione costituzionale porti ad una riforma del bica-

meralismo dalla quale emerga una seconda Camera rappresentativa delle Regioni e delle Autonomie.

Grande è la confusione sotto il cielo del regionalismo italiano e spagnolo, ma la situazione odierna non è delle migliori, in quanto le soluzioni sono lontane da trovarsi. Quel che è più grave è infatti che, pur conoscendone le cause, non si intravedono le chiavi di chiusura di siffatto disordine.

In realtà, nonostante l'innegabile rinnovata vivacità che ha caratterizzato, in questi ultimi anni, il dibattito e le istanze relative alla configurazione territoriale della seconda Camera, tale questione, presente già nei lavori in sede costituente, ha attraversato ogni periodo storico, con la riproposizione periodica, soprattutto in seguito all'attuazione del regionalismo, di una molteplicità di proposte, sia in dottrina che in ambito istituzionale, ma senza peraltro che nessuna di esse sia mai giunta ad esiti positivi.

Non è dato sapere quali saranno gli esiti di tale processo, né in che senso si orienteranno le future maggioranze di governo a fronte dell'esigenza di mettere mano al sistema delle autonomie territoriali, non appena si sarà superata l'attuale situazione di stallo.

La conflittualità di posizioni circa la scelta di modificare il bicameralismo e la difficoltà di raggiungere un'idea condivisa, sia nel dibattito politico in Spagna sia in Italia, possono trovare spiegazione ove si consideri che il tema non risulta circoscritto al solo ripensamento del Senato, ma è in realtà animato dalla consapevolezza che, agendo sul Parlamento, si determinerebbe un significativo cambiamento del tradizionale impianto di regole che presiedono alla formazione e al funzionamento del pubblico potere. Le principali proposte di riforma del Senato si inseriscono così all'interno di un più ampio tentativo di riedificazione dell'ordinamento statale. Per questo, sul tema del bicameralismo, non si registra una convergenza tra gli schieramenti politici in campo e si determina, così, uno stallo complessivo del processo di riforma delle istituzioni, che si riversa anche sui singoli interventi modificativi. Le linee direttrici che dovrebbero essere seguite per addivenire a tale ristrutturazione appaiono, infatti, non sufficientemente definite e condivise e, a testimonianza di ciò, si sono susseguiti nel corso degli anni numerosi tentativi di riforma, senza grossi successi.

In definitiva appare necessario affermare che un percorso costituzionale di innovazione non dovrebbe essere impedito, a pena di provocare un immobilismo che ostacola l'adeguamento delle istituzioni all'evoluzione della società nelle sue esperienze ed esigenze.

Tuttavia, considerato che una riforma della Costituzione andrebbe a intaccare le istituzioni democratiche, le modifiche del bicameralismo dovrebbe-

ro essere orientate ad un fine superiore ispirato all'equilibrio tra i poteri del governo centrale e territoriale, nella consapevolezza di incidere sul bagaglio giuridico dei cittadini e sulla tenuta democratica dell'ordinamento statale.

Alla luce di tali conclusioni, può dirsi che l'indagine dovrà essere volta a individuare il senso di una riforma costituzionale, diretta a rispondere alle esigenze di adeguamento delle istituzioni e trasformazione della società, improntate alla valorizzazione del pluralismo territoriale e alla rappresentanza dei connessi interessi territoriali, nonché al potenziamento e ampliamento delle competenze delle Regioni e delle Comunità Autonome.

4. RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARBERA, A. (1981), «Oltre il bicameralismo», in *Democrazia e diritto*, n. 3.

BOGNETTI, G. (2001), *Federalismo*, Utet, Torino.

CASTELLS ARTECHE, J. M. (1996), «El Senado y el reconocimiento del hecho diferencial», in AA. VV., *Ante el futuro del Senado*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona.

FALUDI, A. (2012), «Multi-level (Territorial) Governance: Three criticisms», in *Planning Theory and Practice*, Vol. 13/2.

GUARINO, G. (1953), «Del sistema bicamerale», in *Studi Senesi*, n. 2.

OCCHIOUPO, N. (1975), *La «Camera delle Regioni»*, Giuffrè, Milano.

POGGESCHI, G. (2018), *La Catalogna: dalla Nazione storica alla Repubblica immaginaria*, Editoriale Scientifica, Napoli.

WHEARE, K. C. (1997), *Del governo federale*, Il Mulino, Bologna.

UNA APROXIMACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA FORMA DE GOBIERNO EN LAS REGIONES ITALIANAS Y EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ESPAÑOLAS. ¿UN NUEVO ESCENARIO EN LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA?

ANDRÉS IVÁN DUEÑAS CASTRILLO*
Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las Comunidades Autónomas españolas. 2.1 El modelo institucional y la forma de gobierno. 2.2 Las nuevas propuestas y cambios en materia participativa. 3. Las Regiones italianas. 3.1 La forma de gobierno regional. 3.2 Las diversas formas de participación. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La experiencia constitucional de descentralización del poder en España e Italia es una historia de vasos comunicantes que beben de la misma fuente. La Constitución española de 1931, con el Estado integral, trajo consigo una nueva

* Investigador predoctoral de la Junta de Castilla y León. Estudio cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos», que se desarrolla entre el 30 de diciembre de 2016 y el 29 de diciembre de 2020. Los resultados de esta investigación forman parte 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.

ordenación territorial del poder que posteriormente se denominaría Estado regional. La Carta Magna republicana sirvió de inspiración para la italiana de 1948, gracias al estudio de autores como Ambrosini (1933), que luego jugaron un papel fundamental en el proceso constituyente (Antonetti, De Siervo, 1998).

Ambos ordenamientos jurídicos sirvieron como referencia a la Constitución española de 1978. Gracias a ello, en muy poco tiempo se pasó de un Estado fuertemente descentralizado a otro con un poder mucho más repartido que ha conllevado que algunos autores lleguen a afirmar que España es un país federal (Blanco Valdés, 2012).

Tanto las Regiones italianas como las Comunidades Autónomas españolas han sufrido cambios a lo largo del tiempo. Aunque las Constituciones de ambos países recogen, de manera general, cuál han de ser las instituciones de las entidades subestatales, se encuentran diferencias entre ellas que es importante destacar. El presente trabajo pretende hacer un análisis comparado en su forma de gobierno. En particular, se hace especial hincapié en las formas de participación y control existentes tanto en unas como en otras y cómo ello ha podido afectar también a las relaciones entre los distintos poderes, sobre todo a la luz del nuevo escenario político surgido en las elecciones autonómicas de 2015 en España.

2. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ESPAÑOLAS

2.1 El modelo institucional y la forma de gobierno

Aunque se escape de la materia de investigación de este trabajo, es importante subrayar que coincido con aquellos autores que caracterizan al Estado autonómico español como un modelo de organización territorial descentralizado regional. Son múltiples las diferencias entre el modelo español y los federales y, aunque sea cierto que las Comunidades Autónomas cuentan con una autonomía que en muchos casos puede ir más allá que la de los Estados federados, ello no es suficiente como para adjetivar a España como federal (Dueñas Castrillo, 2018b). Entre otras, una de las diferencias más importantes es que la Carta Magna española otorga a las regiones y nacionalidades un derecho a existir, pero se han de crear *ex novo* por los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, en los países federales «la Constitución nace para crear la Unión y tiene como misión principal dotarla de una estructura y poderes determinados» (Biglino Campos, 2007, 169).

Entrando ya en el fondo de lo que ahora se investiga, el constituyente de 1978 estableció en el artículo 152.1 CE un modelo institucional básico para

las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la denominada *vía rápida*. Luego se produjo una estandarización a todas ellas, lo que la doctrina ha caracterizado como una recepción acrítica y mimética del modelo (Tudela Aranda, 2015, 27), aunque el resultado podría haber sido otro. La Constitución no prescribió como obligatoria la forma de gobierno parlamentaria para las Comunidades Autónomas de *vía lenta*. Dicho de otra manera, para ellas la Constitución no especificó el alcance del autogobierno desde el punto de vista institucional (Varela Suanzes-Carpegna, 2007, 591).

Fue posteriormente, a través de los acuerdos políticos, como se decidió una generalización del sistema. El legislador orgánico, con los Pactos Autonómicos de 1981 entre los dos principales partidos en aquel momento, la Unión de Centro Democrático y el Partido Socialista Obrero Español, ultimó así el mapa autonómico y su contenido (García de Enterría, 1988, 36).

Como decía anteriormente, las Comunidades Autónomas que no se constituyeron por el artículo 151 CE podrían haber optado por un modelo diferente y haber llegado a otro modelo institucional. Sin embargo, esta opinión no es unánime entre la doctrina y hay autores que se inclinan por pensar que el constituyente entendió que el artículo 152.1 debía extenderse a todas aquellas Comunidades que tuvieran Poder Legislativo propio –como así sucedió– por lo que, en el momento en el que no fueran únicamente entes administrativos, este precepto se convertía en parámetro de constitucionalidad para todas (Oliver Araujo, 2014, 45-46). Otros opinan, por el contrario, que esta materia era decisión del estatuyente en cada caso concreto (Rubio Llorente, 2013).

El Tribunal Constitucional ha cerrado la pregunta con la sentencia 225/1998, que enjuició la Ley Electoral canaria. En esta decisión, el Alto Tribunal interpretó que el artículo 152.1 CE era canon de constitucionalidad para todas las Comunidades Autónomas, aunque no hubo unanimidad entre los magistrados. En su voto particular, Cruz Villalón arguye que el Estatuto de Canarias, al igual que aquellos que no se redactaron conforme al procedimiento extraordinario o *vía rápida*, no está vinculado por este precepto. En cualquier caso, el modelo institucional autonómico parece haberse cerrado por el máxime intérprete de la Constitución, aunque exista cierto margen para establecer diferencias entre las Comunidades Autónomas.

El artículo 152.1 CE implanta una forma de gobierno parlamentaria basada 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 aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea».

Sin embargo, como se decía precedentemente, existen diferencias en la forma de gobierno en las diferentes Comunidades Autónomas que han causado discusión en la doctrina. Una de ellas es la investidura del Presidente. Así, Navarra, en su primera redacción de Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra-LORAFNA) estableció que, una vez transcurrido el plazo extraordinario de dos meses sin que se hubiera elegido al Presidente desde la primera votación de investidura, quedaría designado el candidato del partido con mayor número de escaños (artículo 29.3 antigua LORAFNA). La sentencia del Tribunal Constitucional 16/1984 avaló esta posibilidad, pero siempre que se haya realizado previamente un debate de investidura en sede parlamentaria. Esta forma de designación del Presidente tiene connotaciones de una forma de gobierno parlamentaria negativa (Dueñas Castrillo, 2017, p. 11).

El modelo navarro (derogado por la Ley Orgánica 1/2001) fue seguido también por Andalucía (artículo 138.7 del Reglamento del Parlamento) y Castilla-La Mancha (artículo 14.5 Estatuto de Autonomía de Castilla-la Mancha), que disponen la investidura automática del Presidente una vez expirado el plazo sin que haya resultado elegido un candidato por la Asamblea. De los dos, el único actualmente vigente es el castellano-manchego, dado que Andalucía modificó su Estatuto por la Ley Orgánica 2/2007 y, aunque el Reglamento de su Parlamento aún no se haya adaptado al nuevo texto, estableció la disolución anticipada de la Asamblea Legislativa en caso de que no se invista a ningún candidato (artículo 118.3 Estatuto de Autonomía Andalucía).

Para autores como Pérez Royo (1986, 16), estas previsiones sobre la designación automática de los Presidentes son «de constitucionalidad más que dudosa, por no decir de una inconstitucionalidad manifiesta, ya que el supuesto que se contempla es el de la investidura de un candidato que no alcanza mayoría relativa, es decir, un candidato contra el que se pronuncia expresamente la mayoría de la Cámara». Ya se ha visto que, empero, el Tribunal Constitucional avaló esta forma de designación cuando enjuició la LORAFNA.

Además de estas diferencias, la doctrina se ha preocupado también por el gran peso que tiene el Presidente de la Comunidad, ya que reúne en su persona la doble condición de representante de ésta y líder del Consejo de Gobierno. Es decir, se asume en un único órgano unipersonal el rol de lo que se podría denominar *Jefe de Estado* de la Comunidad y Jefe de Gobierno o Primer Ministro. Para algunos autores, en el ámbito del Estado, el Presidente del Gobier-

no cuenta con tal situación de preeminencia que les ha llevado a calificar la forma de gobierno española como «parlamentarismo presidencial» o «parlamentarismo presidencialista» (Aragón Reyes, 2017, 30). Esto se ve mucho más enfatizado en las Comunidades Autónomas por la doble condición del Presidente. Por este motivo también hubo quien prefirió caracterizar la forma de gobierno autonómica como semipresidencial (Solé Tura, 1985). Lo que sí que se puede afirmar con certeza es que, teniendo en cuenta la práctica de los sistemas electorales y de los sistemas de partidos autonómicos (al menos hasta 2015), «no podemos sino llegar a la conclusión que la precitada forma de Gobierno parlamentaria aparece contaminada con ciertos y claros tintes presidencialistas» (Vidal Marín, 2007, 3).

En cualquier caso, el artículo 152.1 CE se inclina por establecer una forma de gobierno parlamentaria, aunque deja abierta la posibilidad para que las Comunidades Autónomas, como hemos visto, puedan establecer diferencias. Por ejemplo, no estipula una moción de censura constructiva obligatoria, aunque ninguna de ellas ha apostado por regular una moción únicamente destructiva, por lo que han introducido, además, elementos de racionalización en su forma de gobierno. También deja abierta la posibilidad de que la Asamblea Legislativa autonómica pueda revocar a los Consejeros del Ejecutivo, algo que tan sólo ha hecho el País Vasco (artículo 172 del Reglamento del Parlamento del País Vasco). Además, a pesar de que sea cierto que el Ejecutivo y la figura del Presidente tengan una posición de preeminencia en comparación con el Legislativo, el rol de los Parlamentos ha adquirido mucha más fuerza con los cambios en el sistema de partidos, dada su mayor pluralidad y la no existencia de mayorías absolutas.

2.2. Las nuevas propuestas y cambios en materia participativa

El nuevo escenario político y la crisis de representatividad (Sánchez Muñoz, 2015, 414) ha traído como consecuencia que hayan sido muchas las propuestas en materia de participación que se han realizado en sede parlamentaria autonómica, alguna de ellas aprobada durante la última legislatura. Este desconocido espacio supone que el Parlamento autonómico haya recobrado, al menos en parte, su protagonismo, debido al posible agotamiento del bipartidismo (Sánchez Muñoz, 2016) y a las nuevas formas de participación que pueden incidir en la forma de gobierno de las Comunidades Autónomas.

He tenido ya ocasión de investigar estos cambios en otros trabajos (Dueñas Castrillo, 2018a), al que me remito para un análisis más detallado. Ahora

se pretende hacer una pequeña relación que resuma las propuestas en materia participativa.

A diferencia de lo que sucede en la Constitución española, son varios los Estatutos de Autonomía en los que se ha reconocido un derecho transversal de participación política en el proceso de elaboración de leyes (Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón). Ello se ha concretado en una serie de instrumentos que son más avanzados que en el ámbito estatal en cuanto a la participación se refiere.

Así, se ha reconocido que la Comisión Promotora de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) pueda participar en sede parlamentaria como representante de la misma para evitar el «desenganche» que se produce una vez que ha sido admitida por la Mesa (Aranda Álvarez, 2017, 196). Así lo reconocen Galicia (Ley 7/2012) y Castilla y León (se ha introducido en la Ley 3/2016); mientras que Cataluña lo hace en el Reglamento de su Parlamento.

Además de presentar una ILP, se reconoce la posibilidad de realizar enmiendas de carácter ciudadano. Se ha aprobado durante esta legislatura en los Reglamentos parlamentarios de las Cortes Valencianas (artículo 113 bis) y las Cortes de Aragón (artículo 165). Una experiencia que ya existía en el Parlamento canario desde su portal de participación y en el Parlamento de Andalucía, a través de asociaciones de intereses debidamente registradas. En todos los casos han de ser asumidas por un Grupo Parlamentario para que puedan ser debatidas, algo que no se exigía en la propuesta de reforma del Reglamento de las Cortes de Castilla y León realizada por el Grupo Parlamentario de Podemos¹.

En sede de control al Gobierno, entendido este en sentido amplio (Rubio Llorente, 2012), es interesante mencionar el derecho que está reconocido a la minoría parlamentaria a proponer comparecencias en el proceso legislativo en la Junta General de Asturias (artículo 67 de su Reglamento).

También existe la posibilidad de que los ciudadanos presenten preguntas de iniciativa ciudadana en Galicia (Ley 7/2015) y en los reglamentos parlamentarios de Andalucía (artículo 165), Canarias (artículo 174), Murcia (artículo 178) y en la nueva regulación de las Cortes de Aragón (artículo 266). De nuevo, en todos los casos se debe asumir por un Grupo Parlamentario, algo que no se establece como necesario en las propuestas de reforma que se realizaron de los Reglamentos de la Asamblea de Extremadura² y las Cortes de Castilla

¹ Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León, n.º 290, 19 de junio de 2017.

² Boletín Oficial de la Asamblea de Extremadura, n.º 34, 9 de septiembre de 2015. Esta propuesta no pasó el trámite de toma en consideración.

y León³ por los Grupos Parlamentarios de Podemos en cada una de ellas, que preveían la incorporación del denominado *escaño ciudadano* para la realización, entre otras, de estas preguntas.

En Galicia se ha aprobado la posibilidad de plantear proposiciones no de ley de carácter ciudadano (Ley 7/2015); y estaba prevista en las propuestas de reforma de Reglamento de Extremadura y Cortes de Castilla y León referenciadas en el párrafo anterior.

Para terminar con este apartado, es interesante señalar que en Castilla y León se realizó una proposición de ley por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos⁴ que proponía la introducción obligatoria de primarias para designar al candidato a la Presidencia de la Junta, con los problemas en la forma de gobierno que ello conlleva (Dueñas Castrillo, 2017, 18-27). También está en trámite el proyecto de ley de Diálogo Civil de Castilla y León⁵, que desarrolla, entre otras cuestiones, la posibilidad de plantear consultas populares no referendarias a los ciudadanos de Castilla y León (Dueñas Castrillo, 2018c).

3. LAS REGIONES ITALIANAS⁶

3.1 La forma de gobierno regional

El constituyente italiano disciplinó los rasgos de la forma de gobierno de las Regiones en tres artículos: el 121, 122 y 123 CI. Es imposible hacer en este trabajo un análisis detenido en la evolución de la forma de gobierno de las Regiones italianas, pero sí delimitar los principales rasgos que ha supuesto la reforma operada por la Ley Constitucional 1/1999 y sus principales características.

Antes de esta modificación, los autores enmarcaron la forma de gobierno regional en la parlamentaria, dado que los artículos 121 y 122 CI disponían sus principales rasgos: un Consejo Regional elegido por sufragio universal directo, un Presidente elegido por éste (relación de confianza entre ambos expresa) y un Gobierno (Junta Regional) elegido por el propio Consejo (Galizia, 1969). Debido a este último rasgo, para otros autores la forma de gobierno regional

³ Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León, n.º 290, 19 de junio de 2017. La propuesta se registró, pero ni tan siquiera se debatió su toma en consideración una vez finalizada la legislatura.

⁴ Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León, n.º 85, 19 de febrero de 2016. Cuando se terminó la legislatura, la propuesta se encontraba en fase de deliberación en Comisión parlamentaria.

⁵ Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León, n.º 468, 3 de octubre de 2018. Este proyecto de ley no llegó a debatirse antes de finalizar la legislatura.

⁶ Este apartado se refiere a las Regiones con Estatuto ordinario. Debido al límite en la extensión del trabajo es imposible abarcar un análisis más pormenorizado de las Regiones con Estatuto especial.

era más propia de los modelos asamblearios, en virtud de la concentración de las funciones de dirección política en el órgano legislativo (Bartholini, 1961, 161 y ss.). En general, se podría decir que, sin llegar a una forma de gobierno asamblearia, el modo de organización de las Regiones era parlamentario, pero con un Ejecutivo particularmente débil (Gianfrancesco, 2009, 195).

A comienzos de los años 90 se discute en Italia la necesidad de una reforma para otorgar un nuevo rol a las Regiones, debido a su falta de competitividad política. Ya en 1993 se operó una modificación para otorgar más importancia a los Alcaldes en los municipios, a través de su elección directa, y el ejemplo sirvió para la promulgación de la Ley 43/1995, que disciplinó que las listas electorales regionales debían tener un cabeza de lista que desarrollase el rol de candidato a la Presidencia de la Junta Regional. No se podía establecer una elección directa, pero sí que era una indicación política, no jurídicamente vinculante, para la elección que realizaría luego el Consejo Regional (Olivetti, 2002, 214-215). Gracias a esta regulación «el Presidente de la Junta Regional, o Gobernador Regional, rompe de modo clamoroso la barrera del anonimato y se impone a la atención de la opinión pública regional y, en algunos casos, nacional» (Gianfrancesco, 2009, 199).

La reforma de 1999, por tanto, viene a completar lo que había comenzado la regulación de la Ley 43/1995. Las principales novedades que introduce son: mayores competencias al Presidente de la Junta y al Ejecutivo (artículo 121 CI), la elección directa del Presidente de la Junta, salvo que el Estatuto disponga otra regulación, y la elección por éste de los miembros de la Junta Regional (artículo 122 CI) y el cambio de redacción del artículo 123 CE, que pasará a establecer que los Estatutos de Autonomía disciplinan «la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y funcionamiento» de la Región.

Aunque la reforma iba encaminada a dotar de mayor autonomía a las Regiones y no a imponerlas el sistema mayoritario y la elección directa del Presidente de la Junta (Mangiameli, 2000, 571-572), este modelo se ha extendido y la fórmula transitoria que preveía la Ley Constitucional 1/1999 la han hecho suya todas las Regiones (al igual que sucedió con la fórmula del artículo 152.1 CE para las Comunidades Autónomas de *vía lenta*), demostrando una «fantasía del legislador regional poco fértil» en este sentido (Florida, Sciola, 2015, 644).

Es común entre la doctrina señalar que el modelo resultante, al que se añade el voto de preferencia establecido por las leyes electorales regionales, ha provocado una personalización de la política, con una campaña electoral centrada en el candidato y con partidos políticos que ponen su aparato al servicio del líder (por todos, Pitruzzella, 2000). Se ha establecido así un modelo elec-

toral que asegura una mayoría estable, en relación con la elección directa del Presidente, y también una representación de la minoría (Tarli Barbieri, 2013). El legislador regional se ha visto influenciado, en este sentido, por la sentencia de la Corte Constitucional 196/2003, que estableció que las leyes regionales electorales tienen como fin dotar a la forma de gobierno regional de instrumentos adecuados de equilibrio y funcionamiento desde el momento de la constitución de los órganos de las Regiones (c.d. 2.1). Por tanto, es lógico que en un sistema donde la elección del Presidente sea directa, la ley electoral esté encaminada a dotarle de una mayoría segura. Así lo ha estipulado la Ley de 2 de julio de 2004, n. 165, en cuyo artículo 4 se dispone que las Regiones han de contar con un sistema electoral que facilite la formación de mayorías estables y asegure la representación de la minoría en el Consejo Regional. Se configura así «una arena competitiva de tipo *plurality*. Vence el candidato que obtiene más votos, prescindiendo de cuantos sean en total y aunque sea solo uno más del que ha conseguido el segundo candidato» (D'Alimonte, 2010, 17).

Sí que se puede mencionar la particularidad de la antigua regulación de las primarias en la Región de Toscana (Legge regionale 17 dicembre 2004, n. 70, vigente desde 2004 a 2014 y que se aplicó en dos ocasiones). El modelo no era obligatorio para los partidos políticos, sino facultativo (tanto para la elección del candidato a la Presidencia como los candidatos al Consejo Regional), pero la ley se encargaba de regular una serie de garantías y deberes para los candidatos y electores. Sin embargo, este instrumento falló debido al poco uso político que se hizo de él, dado que tan solo se utilizó por dos fuerzas políticas y su legitimidad decreció (Floridia, Sciola, 2015, 670). Donde sí que está vigente es en la Región de Calabria. La legge regionale 17 agosto 2009, n. 25, estipula la obligatoriedad de las elecciones primarias para la designación del candidato a la Presidencia de la Región.

Teniendo en cuenta lo anterior, coincido con Grianfrancesco en que es difícil encuadrar la forma de gobierno de las Regiones en los modelos tradicionales del presidencialismo o del parlamentarismo (2009, 206). Más aún si tenemos en cuenta lo que ha dicho la Corte Constitucional al respecto en la sentencia 12/2006. Según este pronunciamiento «non esiste tra Presidente della Giunta e Consiglio Regionale una relazione fiduciaria assimilabile a quella tipica delle forme di governo parlamentarie, ma un rapporto di consonanza politica, istituito direttamente dagli elettori (...). L'articolazione concreta dei rapporti politici tra Presidente della Giunta e Consiglio prende le mosse (...) dalla simultanea investitura politica di entrambe da parte del corpo elettorale (...). È intrinseca a questo modello una iniziale presunzione di consonanza politica, che può essere superata da un atto tipico quale la mozione di sfiducia» (c.d. 5).

Se pueden observar aquí elementos típicos del parlamentarismo negativo (presunción de confianza entre Legislativo y Ejecutivo implícita). También existen otros propios de una forma de gobierno «neoparlamentaria», como el reconocimiento de la figura del líder de la oposición en el artículo 5 de la Ley Constitucional 1/1999 y la garantía de la representación de la minoría, con un premio de mayoría (Mangiameli, 2000, 567). Pero la Corte Constitucional expresa que no existe una relación típica del parlamentarismo clásico, sino que en realidad, con la simultánea elección del Presidente y Consejo, los electores confieren un único mandato dirigido a gobernar y representar a la Región, que se confiere con actos de indirizzo provenientes de ambos órganos. Como resume Sias (2011), los conceptos de presunción de consonancia política y de relación de confianza son distintos. El segundo nace en un momento posterior a las elecciones y constituye el fundamento de la legitimación del Poder Ejecutivo y la condición para la permanencia del órgano. Mientras que la presunción de consonancia política no implica consecuencias de carácter jurídico en orden a la legitimación del Presidente y de su permanencia en el cargo, la cual resulta condicionada a las relaciones que se desarrollan con el Consejo durante el curso de la legislatura.

Olivetti (2002, 222 y ss.) ha llamado a esta forma de gobierno de las Regiones italianas «de legislatura con elección directa del líder del Ejecutivo». Entre otras, sus características se resumen en que (i) el cuerpo electoral tiene el poder de elegir directamente al líder del Ejecutivo, además de al Poder Legislativo; (ii) el Poder Ejecutivo no coincide con la figura del Presidente, sino que es un órgano colegiado, aunque se encuentre en una situación de supremacía; (iii) la Asamblea Legislativa tiene el poder de aprobar una moción de censura, pero no es necesario que exista una relación de confianza entre ésta y el Presidente; (iv) se aplica el principio *simul stabunt et simul cadent*, por lo que, en caso de dimisión del Presidente o disolución del Consejo, se procede a la nueva elección simultánea de ambos órganos.

Como contrapeso al gran poder que la Ley Constitucional 1/1999 ha otorgado al Presidente, ha reconocido también el rol del líder de la oposición en el artículo 5.1. Éste dispone que es electo como miembro del Consejo Regional el candidato al cargo de Presidente de la Junta que haya conseguido un número de votos válidos inmediatamente inferior a los del candidato proclamado electo.

De esta manera se reconoce un estatuto de la oposición parlamentaria que luego han concretado los distintos Reglamentos de los Consejos Regionales. En resumen, se dejan ciertas instituciones a iniciativa de la minoría parlamentaria, como la constitución de comisiones de investigación, puntos del orden del día o la reserva de espacios específicos para el control al gobierno, como el *question*

time. Autores como De Vergottini (1980, 532) ya dijeron que la función de la oposición es la de «controlar la actividad del gobierno, condicionándolo e influenciándolo a través del indirizzo, sobre la base de una diferente orientación programática en vista de una futura sustitución del Gobierno (oposición-funciones), realizada por los grupos parlamentarios minoritarios externos a la mayoría gubernativa (oposición-organización)». De esta manera se avanza en la concepción contemporánea del Parlamento, que ya no es quien, en su conjunto, controla al Gobierno. No es una entidad contrapuesta, en bloque, al Ejecutivo, sino que ha de ser «la sede privilegiada de la representación de la oposición, el lugar principal en la que ésta es llamada a ejercitar su propia campaña electoral» (Petrillo, 2005, 13). Dicho de otra manera, la principal función del Parlamento ha pasado a ser la de control y no tanto la legislativa. Además, en un contexto como en el de las Regiones italianas, la oposición no podría dejar de reivindicar un estatuto propio y una fuerte ampliación de sus propios poderes (Grassi, 2001).

3.2 Las diversas formas de participación

A diferencia de lo que sucede en España, donde la regulación de las diversas modalidades de referéndum es de competencia estatal, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Dueñas Castrillo, 2018c, 66-67), el artículo 123 CI estipula que los Estatutos han de regular las figuras más típicas de democracia directa y participativa, como la iniciativa legislativa popular y el referéndum.

El constituyente italiano, a diferencia del español, apostó por la instauración de instrumentos de democracia directa y participativa como elemento característico del antifascismo. Las Regiones hicieron lo propio y, desde la reforma constitucional de 1999, han incorporado nuevos instrumentos que se pueden interpretar como forma de contrapoder y control de la ciudadanía a los Poderes Públicos, especialmente del Ejecutivo. La inclusión de las diferentes formas de participación se hace sobre la base de que estas herramientas sirven para fomentar la discusión y la reflexión, cuyo objetivo es mejorar la toma de decisiones políticas como un instrumento de integración política (Mastromarino, 2012, 15). Por tanto, la previsión de estas instituciones tiene una finalidad integrativo-correctiva para evitar una fractura entre las decisiones político-institucionales y la ciudadanía (Bilancia, 2017).

Hay que tener presente que el artículo 123 CI exige que la ordenación en el Estatuto del referéndum o la iniciativa legislativa popular estén en armonía con la Constitución. Este término ha de interpretarse como la exigencia de que

el concepto de democracia elaborado por la CI es representativa, por lo que, aunque la participación directa del cuerpo electoral regional puede obtener amplios espacios en el ordenamiento jurídico, nunca puede convertirse en la forma ordinaria de toma de decisiones (Olivetti, 2002, 452-453). En este sentido, la Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de los referendos regionales. Si bien ha afirmado que es una expresión de la participación política popular fundada sobre la base de los artículos 2 y 3 CI (sentencia 256/1989), encuentra límites. Entre otros, no es posible formular un referéndum consultivo regional sobre un proyecto de revisión constitucional, porque se violaría el límite del orden constitucional y político del Estado, ya que la Constitución regula expresamente cómo puede participar el cuerpo electoral en estos casos (sentencia 470/1992).

Particularmente, cabe mencionar los Estatutos de Autonomía de Calabria y Piemonte, que recogen un derecho transversal a la participación, también como forma de control a los Poderes Públicos (artículos 4 y 2 respectivamente). Llama la atención figuras como la del referéndum aprobativo/propositivo, que consiste en la propuesta simultánea de una ILP y un referéndum para su aprobación en el caso de que el Consejo Regional no la discuta (artículo 20 Estatuto de Autonomía de Basilicata y artículo 62 Estatuto de Autonomía de Lazio); o el reconocimiento de la posibilidad de realizar referendos sobre reglamentos y procedimientos administrativos de interés general (artículo 80 Estatuto de Autonomía de Piemonte). Cabe destacar, por último, los bajos porcentajes que se piden para que el electorado pueda solicitar un referendo abrogativo, que van desde el 0,8% aproximadamente de Veneto (artículo 26 de su Estatuto de Autonomía) al 5% que se pide expresamente en Abruzzo (artículo 75 del Estatuto); y para registrar una ILP, dado que en todas las Regiones el porcentaje de firmas es menor al 1% (el menor es en Lombardía, con el 0,05% de firmas aproximadamente – artículo 34 del Estatuto –).

4. CONCLUSIONES

La Constitución española no estableció una forma de gobierno uniforme para todas las Comunidades Autónomas. El artículo 152.1 CE sólo se refirió a aquellas que se constituyeran por la vía rápida. Posteriormente, los acuerdos políticos otorgaron Poder Legislativo a todas y se extendió el modelo establecido por la Constitución. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el artículo 152.1 CE es canon de constitucionalidad, también para las

que se constituyeron por la *vía lenta*, cerrando así el modelo institucional autonómico que dejó abierto el constituyente.

Se puede afirmar que las Comunidades Autónomas cuentan con una forma de gobierno parlamentaria con elementos propios del parlamentarismo racionalizado, pero con un gran poder del Presidente, que reúne la doble condición de representante de la Comunidad y Jefe de Gobierno. En la última legislatura, debido al nuevo escenario político, los Parlamentos autonómicos han recobrado parte del protagonismo perdido y se han esforzado en introducir nuevos mecanismos de participación para mejorar la crisis de la representatividad; lo que puede servir también para una mejora en la capacidad de control al Gobierno.

La forma de gobierno de las Regiones italianas ha variado radicalmente desde la reforma constitucional de 1999. Si antes se podía hablar de un sistema parlamentario con un Ejecutivo débil, ahora la forma de gobierno «de legislatura con elección directa del líder del Ejecutivo» tiene como principal característica la de un Ejecutivo muy fuerte con un Presidente en situación de supremacía.

Las Regiones han introducido frenos y contrapesos a este poder presidencial. En particular, cabe destacar el rol que se le ha atribuido a la oposición *ad intra* de los Consejos Regionales en el control al Ejecutivo. Por otro lado, si bien es cierto que ya antes de 1999 estaban presentes elementos de participación, ahora se han introducido otros nuevos, como los referendos propositivos. Éstos funcionan como complemento del sistema y garantía de defensa de las minorías, por lo que su experiencia podría ser interesante para acercar la ciudadanía con las instituciones y controlar a los Poderes Públicos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSINI, G. (1933), «Un tipo intermedio di Stato fra l'unitario e il federale caratterizzato dall'autonomia regionale e federalismo», en *Rivista di Diritto Pubblico e della Pubblica Amministrazione*.
- ANTONETTI, N. y DE SIERVO, U. (dirs.) (1998), *Ambrosini e Sturzo. La nascita delle regioni*, Il Mulino, Bologna.
- ARAGÓN REYES, M. (2017), «Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109.
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2017), «La iniciativa legislativa popular. Reformas para mejorar su ejercicio», en Pérez-Moneo, M.; Vintroló Castells, J. (dirs.), *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- BARTHOLINI, S. (1961), *I rapporti fra i supremi organi regionali*, CEDAM, Padova.

- BIGLINO CAMPOS, P. (2007), *Federalismo de integración y de devolución: el debate sobre la competencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BILANCIA, P. (2017), «Crisi nella democrazia rappresentativa e apertura a nuove istanze di partecipazione democratica», en *Federalismi.it*, número especial 1/2017.
- BLANCO VALDÉS, R. L. (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza Editorial, Madrid.
- D'ALIMONTE, R. (2010), «Le leggi elettorali regionali e i loro rendimenti», en *Atti del Seminario Veneto, 1970-2010. 40 anni di elezioni*, Venezia, 12 diciembre 2010.
- DE VERGOTTINI, G. (1980), «Opposizione parlamentare», en *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Giuffrè, Milano.
- DUEÑAS CASTRILLO, A. I. (2017), «La investidura de los Presidentes Autonómicos y primarias en los partidos políticos: fortalecimiento del presidencialismo parlamentario autonómico», en *Revista de Estudios Jurídicos*, 17.
- (2018a), «Comunidades Autónomas y participación: ¿posibilidad de una renovación de la democracia representativa?», en *Federalismi.it*, número especial 2/2018.
- (2018b), «El Estado autonómico español», en Bernal, M.; Pizzolo, C. (dirs.), *Modelos para armar. Procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel*, Astrea, Buenos Aires.
- (2018c), «Las propuestas en materia de participación en las Cortes de Castilla y León en la legislatura 2015-2019», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 16.
- FLORIDIA, A. y SCIOLA, F. (2015), «Il federalismo elettorale, dieci anno dopo: il gioco vale la candela?», en *Le Regioni*, XLIII, 3.
- GALIZIA, M. (1969), «Aspetti dell'organizzazione regionale (note preliminari)», en *Studi in onore di Gaspare Ambrosini*, Giuffrè, Milano.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1988), *La revisión del sistema de Autonomías Territoriales: reforma de Estatutos, leyes de transferencia y delegación, federalismo*, Civitas, Madrid.
- GIANFRANCESCO, E. (2009), «La forma di governo regionale nella recente esperienza italiana», en Castellà Andreu, J. M.^a; Olivetti, M. (coords.), *Nuevos Estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate*, Atelier, Barcelona.
- GRASSI, S. (2001), «Considerazioni introduttive sulle funzioni conoscitive dei consigli regionali», en Carli, M., *Il ruolo delle assemblee elettive, Vol I, La nuova forma di governo delle regioni*, G. Giappichelli Editore, Torino.
- MANGIAMELI, S. (2000), «Aspetti problematici della forma di governo e della legge elettorale regionale», *Le Regioni*, 3-4.
- MASTROMARINO, A. (2012), «Instruments of participation at regional level: an introduction to the Italian framework in new ordinary statutes», en *Perspectives on Federalism*, vol. 4, issue 1.
- OLIVER ARAUJO, J. (2014), «España en la encrucijada», en Oliver Araujo, J. (dir.), *El futuro del Estado Español. ¿Centralización, autonomía, federalismo, confederación o secesión?*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- OLIVETTI, M. (2002), *Nuovi statuti e forma di governo delle regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Il Mulino, Roma.
- PÉREZ ROYO, J. (1986), «Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico», en *Revista de Estudios Políticos*, 49.
- PETRILLO, L. (2005), «Quale statuto costituzionale per l'opposizione parlamentare?», en *Federalismi.it*, 3.
- PITRUZZELLA, G. (2000), «Forma di governo e legislazione elettorale», en *Le Regioni*, 3-4.
- RUBIO LLORENTE, F. (2013), «Un referéndum que nadie quiere», en *Diario El País*, 11 de febrero.
- (2012), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Volumen II*, 3.^a edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, O. (2015), «Los partidos y la desafección política: propuestas desde el campo del Derecho Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 35.
- (2016), «El agotamiento del bipartidismo. Crónica política y legislativa del año 2015», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106.
- SIAS, M. (2011), «Dimissioni del Presidente della Regione, interruzione anticipata della legislatura e forma di governo ad elezione diretta contestuale e consonante», en *Le Regioni*, XXXIX, 1.
- SOLÉ TURA, J. (1985), «Las Comunidades Autónomas como sistemas semipresidenciales», en *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona.
- TARLI BARBIERI, G. (2013), «La potestà legislativa regionale in materia elettorale alla luce delle più recenti novità legislative e giurisprudenziali», en *Le Regioni*, 1.
- TUDELA ARANDA, J. (2015), «El Parlamento autonómico y la calidad de la democracia», en Tudela Aranda, J. (ed.), *Los Parlamentos autonómicos en tiempos de crisis*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, J. (2007), *Política y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VIDAL MARÍN, T. (2007), «La investidura de los Presidentes Autonómicos: la eliminación de la designación automática. ¿Acierto del legislador?», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 15.

DE LA APERTURA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AL FEDERALISMO FISCAL

ADORACIÓN GALERA VICTORIA
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La apertura del sistema de financiación en el Estado autonómico. 3. Una propuesta federal: la constitucionalización del sistema de financiación. 4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La construcción del Estado autonómico ha supuesto una profunda y muy temprana activación del principio de autonomía política. Desde el plano institucional y competencial los presupuestos que han modulado la opción por un sistema descentralizado lograron traducir unas expectativas territoriales cada vez más orientadas en garantizar el pluralismo social y político. De tal modo que, sobre la base del principio de unidad como elemento integrador del sistema, se desarrolla la autonomía política de las nacionalidades y regiones españolas según la expresión constitucional (artículo 2 CE) en el marco predeterminado por el Título VIII CE y garantizado por el respectivo Estatuto de Autonomía.

El diseño constitucional se construye sobre la articulación de tres principios expresados en el artículo 2 de la Constitución: autonomía política, unidad y solidaridad territorial. Desde sus primeros momentos la construcción del sistema autonómico gira sobre esos tres principios y por la propia flexibilidad

del sistema muy tempranamente se introduce la igualdad como eje en la conformación de un modelo de organización territorial que paulatinamente se ha ido acercando a las experiencias federales. Sin embargo, cuatro décadas después de la puesta en marcha del Estado autonómico el modelo territorial se muestra muy desarrollado, pero también agotado y estructuralmente condicionado por la falta de una definición constitucional clara de aspectos sustanciales en la organización territorial del poder. Y es que, en efecto, si atendemos al marco constitucional actual, existen elementos esenciales de la definición del sistema que, siendo determinantes para garantizar un funcionamiento racional y garantizador del pluralismo y la autonomía política, marcan un camino aún abierto a las tensiones territoriales.

Desde estas premisas, estas páginas se centrarán en uno de los elementos inherentes a la garantía del autogobierno de los territorios en todo sistema descentralizado: la autonomía financiera. Si hay un elemento que define y garantiza la gestión de los intereses propios, o si se prefiere, la autonomía política, es contar con recursos económicos y financieros suficientes que permitan desplegar políticas propias a partir de las facultades que el poder territorial puede ejercer sobre un ámbito o sector de la realidad sobre el que asume competencias. La financiación tiene pues un carácter instrumental para el efectivo ejercicio de las competencias asumidas por cada poder territorial (Zornoza, 2005, 3), se constituye «como elemento indispensable para la consecución de la autonomía política» (STC 289/2000, FJ 3). La cuestión de la autonomía financiera es así, un elemento esencial para desarrollar la autonomía política y como tal está presente en los sistemas constitucionales territorialmente descentralizados donde, siguiendo fórmulas y criterios diversos, se garantiza la suficiencia económica y financiera para la gestión de políticas propias en cada territorio.

Ahora bien, este elemento esencial en la definición del modelo territorial no está presente en la Constitución, pues como otros aspectos de nuestro sistema de distribución territorial del poder, ha ido desarrollándose por aplicación del principio dispositivo, avanzando por etapas conforme ha ido consolidándose el Estado autonómico. Para analizar esta cuestión esencial recordaremos el esquema básico diseñado en la Constitución que, sobre el reconocimiento del principio de autonomía financiera a los territorios como requisito necesario para garantizar su autonomía política, ha permitido la evolución de un sistema de financiación de las CCAA, pero también las dificultades de un modelo territorial abierto e inacabado y por ello, sometido a condicionantes políticos (Balaguer, 2012, 5-6). Como en otros aspectos que definen el modelo constitucional, la experiencia de estos años de descentralización del poder financie-

ro, fortalece las tesis que promueven cada vez con mayor intensidad un acuerdo constitucional sobre el reparto de ingresos y gastos entre los distintos niveles de autogobierno (Aja, 2014; Montilla, 2015, 187-206; Elías, 2018, 395). Esto es, como en todo sistema territorialmente descentralizado, la perfección del Estado precisa la definición constitucional de los elementos básicos que, siguiendo los presupuestos del federalismo fiscal y por tanto sin prever una solución inamovible, definitiva (Wheare, 1946 y 2008), articulen la distribución de ingresos y gastos entre los distintos niveles de gobierno.

2. LA APERTURA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN EN EL ESTADO AUTONÓMICO

Como tantos otros aspectos de la regulación constitucional de la organización territorial, la cuestión de la distribución de los ingresos y gastos entre el Estado y los territorios sólo quedaría prefigurada en 1978 y abierta a su posterior desarrollo por el legislador orgánico. En efecto, el sistema de financiación autonómica constituye un deliberado *vacío* de la norma constitucional apenas esbozado en tres preceptos constitucionales (Rodríguez, 2015, 83), a partir de los cuales se diseña un sistema legal abierto, cambiante y sometido a revisiones propiciadas por condicionantes políticos (Balaguer, 2012; Zornoza, 2005). Es cierto que la autonomía financiera, entendida como presupuesto básico para el ejercicio pleno de la autonomía política aparece expresamente prevista en el artículo 156 CE. Junto a ello, los principios de coordinación y solidaridad territorial conforman el esquema constitucional básico conforme al cual se ha desarrollado las facultades autonómicas para recaudar ingresos y gestionar recursos económicos y financieros. El artículo 157 CE enumera las fuentes de ingresos de las CCAA y el artículo 158 CE contempla un mecanismo de nivelación y el Fondo de Compensación interterritorial con los que se pretende garantizar la equidad y la solidaridad interterritorial.

Junto a estas previsiones normativas es necesario subrayar la opción constitucional por la coexistencia de dos sistemas de financiación: uno foral, para las Comunidades Autónomas de Navarra y País Vasco conocido como sistema de concierto o de convenio económico y otro, de régimen común o general que rige para el resto de las Comunidades Autónomas, con las especialidades que corresponden al territorio canario en virtud de la disposición adicional tercera de la Constitución y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El primero de ellos, con base constitucional en la disposición adicional primera, se establece en torno a los ingresos tributarios generados por el territorio.

El régimen común en cambio, será desarrollado por la LOFCA a partir de los costes de las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma, A partir de ahí, el legislador orgánico ha desarrollado el sistema de financiación de las CCAA de régimen común que, mediante sucesivas revisiones no ha hecho sino adaptarse al proceso de desarrollo y consolidación de un modelo territorial cada vez más cercano a un marco federal, pero con serias dificultades para su perfección si no es mediante una revisión de los presupuestos básicos en un nivel constitucional.

En efecto, en el sistema general ideado en 1980 con la primera redacción de la ley orgánica de financiación autonómica¹ se mantenía fiel a la estructura centralizada de la recaudación de ingresos, favoreciendo mecanismos para la descentralización del gasto primero, mediante un sistema de transferencias de los recursos a las CCAA para la gestión de los servicios públicos asumidos que derivará en una cesión total o parcial de tributos estatales a las CCAA. Pero el sistema así diseñado se ha mostrado insuficiente en un modelo territorial cada vez más orientado al autogobierno que presupone la suficiencia financiera como un principio inherente a la autonomía política. Y es que la exigencia de suficiencia financiera, aunque susceptible de ser abordada desde perspectivas diversas, se instala como elemento consustancial del sistema para garantizar los recursos suficientes para la adecuada gestión de políticas propias en el marco de las competencias autonómicas². Las sucesivas revisiones del modelo de financiación autonómica mediante la reforma de la LOFCA, primero en 1996 (vigente para quinquenio 1997-2001)³, posteriormente en 2001⁴ (para el periodo 2002-2008) y la aprobada en 2009⁵ actualmente en vigor, han ido reforzando la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas en materia tributaria.

El actual sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía regulado en la

¹ Ley Orgánica 8/1980, 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas. BOE núm. 236, de 01/10/1980.

² Así ha sido generalmente entendido por la jurisprudencia constitucional que la ha definido como la plena disponibilidad de los ingresos, sin condicionamientos indebidos (entre otras, SSTC 150/1990, de 4 de octubre; y 237/1992, de 15 de diciembre). No obstante, en algún pronunciamiento la define por su relación con el gasto público (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 7).

³ La Ley Orgánica 3/1996, de 27 de diciembre, de reforma de la LOFCA (BOE de 28/12/1996) y la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, reguladora de la cesión de nuevos tributos del Estado a las CCAA (BOE de 31/12/1996).

⁴ Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). BOE núm. 313, de 31/12/2001.

⁵ Reforma de la LOFCA mediante la LO 3/2009 de 18 de diciembre, BOE núm. 305, de 19/12/2009.

Ley 22/2009, de 18 de diciembre⁶ integra la financiación del conjunto de los servicios traspasados a través de los tributos cedidos (capacidad tributaria), de la Transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (Fondo de Garantía) y del Fondo de Suficiencia Global. Se crean además los Fondos de Convergencia Autonómica (el Fondo de Competitividad y el Fondo de Cooperación) dotados con recursos adicionales del Estado que se distribuyen entre CCAA de acuerdo con una serie de criterios (la renta per cápita, el crecimiento de la población, su densidad y la situación de cada Comunidad en términos de financiación por habitante ajustado), con los que se pretende dar cumplimiento a los principios de igualdad y la solidaridad interterritorial.

Como en el proceso de construcción del Estado autonómico, el sistema de financiación se caracteriza por su dinamismo y apertura de las normas constitucionales sobre la cuestión territorial en su vertiente fiscal. El sistema ha tendido a incrementar la corresponsabilidad fiscal y la autonomía financiera en la recaudación de ingresos y la gestión del gasto⁷, aumentando los porcentajes de participación autonómica en tributos cedidos total o parcialmente por el Estado, las facultades normativas de las CCAA y la ordenación de un espacio fiscal autonómico. El modelo centralizado en su origen ha estado abierto a la negociación permanente, superando etapas sucesivas que han articulado un sistema «complejo y poco transparente, con serios problemas de equidad y eficiencia»⁸, según sería evaluado por la Comisión de expertos constituida por acuerdo de la Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada el 17 de enero de 2017 para diseñar un nuevo modelo de financiación autonómica. Y es que, en efecto, el diagnóstico del sistema actual del sistema de financiación no sólo ha mostrado la insuficiencia de la negociación política para cerrar esta cuestión esencial en la ordenación territorial, sino la necesaria incorporación de principios y mecanismos para la distribución de ingresos y gastos en el acuerdo constitucional.

Son diversos los factores que han intervenido en la apertura del modelo de financiación y en la formulación de nuevas propuestas revisión del sistema. En términos constitucionales pueden ser reconducidos a los principios básicos de articulación del pluralismo territorial: la autonomía financiera de los territorios debe ser garantizada en la doble vertiente de ingresos y gastos, como

⁶ Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. BOE núm. 305, de 19/12/2009.

⁷ Sobre la incorporación de los principios de suficiencia y corresponsabilidad fiscal en el sistema de financiación vid. la STC 289/2000, de 30 de noviembre.

⁸ *Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica* (2017, 3)

también la solidaridad interterritorial y los principios de igualdad y equidad en el reparto de los recursos. Según se ha advertido, el sistema actual no está aún en condiciones de garantizar la autonomía ni la suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas, ni por tanto, unos niveles adecuados de corresponsabilidad fiscal a pesar del aumento experimentado en cada revisión del sistema y de que constituye un complemento necesario de la autonomía financiera⁹. Y ello porque, según la valoración de la Comisión de expertos antes referenciada, no existen criterios claros para alcanzar un nivel adecuado en la autonomía de los ingresos ni existen mecanismos institucionales para garantizar una mayor capacidad de decisión fiscal de las haciendas autonómicas. A ello se une la existencia de deficiencias de transparencia y desigualdades en la distribución de la financiación por habitante ajustado, y se advierten desequilibrios en el reparto vertical de los recursos públicos¹⁰. Junto a estos déficits del sistema actual, debe añadirse que el contexto económico global y europeo en particular, ha generado serias limitaciones en la suficiencia financiera y las decisiones de gasto de las CCAA sobre materias competenciales propias. Desde 2012, la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en materia de ingresos crediticios y de gasto público, se encuentra con los límites y condicionantes adicionales impuestos por las exigencias de estabilidad presupuestaria derivadas del artículo 135 CE y su concreción en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Así pues, el sistema de financiación se ha construido mediante una técnica negociadora constante que ha ido reforzando la autonomía financiera e introduciendo elementos para una mayor corresponsabilidad fiscal de las CCAA. Pero, el sistema así diseñado es aun parcial y adolece de déficits y carencias institucionales que deben ser corregidas de manera definitiva en aras de una mayor claridad y garantía de los principios constitucionales que rigen el modelo territorial. Y es que si bien el estilo negociador ha funcionado para poner en marcha un sistema flexible que ha permitido acomodar la determinante cuestión financiera a las exigencias del pluralismo territorial, la permanente exposición del sistema de financiación a factores y circunstancias políticas y económicas, debilita el modelo de articulación de pluralismo al sustraer uno de sus elementos esenciales del marco constitucional. Como otros contenidos de la definición del Estado autonómico la renegociación continua de principios y

⁹ Artículo 8 de la LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera

¹⁰ *Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica*, op. cit. (2017, 12-17).

criterios básicos de garantía del sistema debe dejar paso a un nuevo proceso de revisión, ahora de naturaleza constitucional.

3. UNA PROPUESTA FEDERAL: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN

Desde estas premisas, trataremos de argumentar la necesidad de constitucionalizar el modelo de financiación, de lograr la expresión normativa de los principios y criterios básicos del sistema de financiación como acción necesaria para integrar y canalizar los conflictos territoriales. Insistiremos pues en las tesis que defienden la necesidad de perfeccionar el modelo territorial mediante la reforma constitucional y, con ello, de articular el pluralismo mediante la ordenación constitucional de sus elementos definitorios. Y es que si bien en el momento constituyente, el contexto social y político aconsejaba dejar sin escribir, abierta, la Constitución territorial, hoy las circunstancias políticas y sociales alientan fijar en el nivel constitucional el marco regulador de la ordenación territorial del poder.

Estas tesis se sostienen en la función integradora de la Constitución, en la clásica doctrina alemana de la teoría de la integración y su aplicación a la Constitución como expresión normativa de la integración política del conflicto. La acomodación de tal teoría al nuevo contexto social, político y jurídico, se sitúa en las sociedades democráticas actuales, complejas y plurales por definición, ante conflictos complejos que deben encontrar respuesta en constituciones cuyo sentido normativo y función integradora debe desarrollarse en un marco constitucional fragmentado (Azpitarte, 2009). La norma constitucional en un contexto de constitucionalismo débil (Maestro, 2001) debe seguir representando el acuerdo social sobre los principios y las reglas básicas de funcionamiento de esa sociedad y la necesidad de garantizar y también, de reconducir, el pluralismo a la unidad, a un punto común de referencia. Las razones ahora y entonces, certeramente expresadas con la consolidación en la Europa occidental del concepto normativo de Constitución (Balaguer, 1991), continúan presentes. Y es que, si la sociedad no se ve reflejada en la Constitución, si no encuentra respuestas a sus demandas en el texto constitucional, éste pierde su sentido normativo y ello conlleva una desafección constitucional de la ciudadanía que termina por poner en peligro el sistema constitucional.

Eso es precisamente lo que está ocurriendo desde hace años en España respecto de la cuestión territorial. No me refiero sólo a la cuestión catalana que desde luego la ha hecho más evidente, sino en general al modelo constitucio-

nalmente previsto en la Constitución. La Constitución española debe reflejar y articular el pluralismo y la diversidad de la sociedad para que ésta cumpla su función integradora del pluralismo, mediante un acuerdo constitucional sobre la cuestión territorial. Es sabido que la apertura e indefinición del modelo ha llevado a tratar de resolver los conflictos territoriales (competenciales fundamentalmente) por la vía del recurso ante el Tribunal Constitucional (Aragón, 1986, 7-12; Pérez Royo, 1986, 7-32; Albertí, 2007, 193-212), sometándolo a un permanente estado de alerta frente a los conflictos (políticos) territoriales, que no es ni debe definir la actividad de esta institución. Sin restar relevancia a la importante labor de la jurisdicción constitucional en la construcción del Estado autonómico, a salvo la criticable actuación de los últimos años¹¹, la Constitución debe garantizar el pluralismo e integrarlo en el pacto sobre la cuestión territorial. De modo que, frente a las dificultades que en el momento constituyente aconsejaron mantener una deliberada ambigüedad sobre esta cuestión, ahora la inclusión en el texto constitucional de decisiones claras y precisas sobre los principales elementos de definición del modelo territorial resulta imperativa.

Es cierto que la ordenación constitucional del pluralismo territorial mediante la incorporación de los elementos clave no elimina radicalmente los conflictos. Y ello porque, insisto, el conflicto es inherente en las democracias complejas. Pero, también lo es que reconduce los problemas por cauces constitucionales y exige por ello, un resultado sometido a principios, normas y criterios aceptados por todos y previstos en la Constitución. Y éste es el valor normativo, antes recordado, de la constitucionalización del Estado autonómico, de su perfección mediante el uso de las técnicas federales pues, siguiendo el esquema básico que origina el modelo federal, en el contexto actual se requiere un pacto constitucional sobre la ordenación del poder como respuesta a la tensión dialéctica entre cohesión y pluralismo territorial que garantice la diversidad en el marco de la organización política (García Pelayo, 1984, 215). Como también su flexibilidad y permeabilidad a las circunstancias históricas, políticas y sociales del territorio que lo adopta.

Desde sus orígenes en el constitucionalismo estadounidense, las experiencias federales se asientan sobre unos valores y principios que confluyen en las nociones democracia, pluralismo, constitucionalidad, y competencia. Desde estas premisas axiológicas, se logra identificar unos elementos mínimos o patrones comunes (Anderson, 2008, 21-23) que permiten definir el sistema federal como el acuerdo constitucional de un gobierno compartido, construido

¹¹ Singularmente mediante la STC 31/2010, de 16 de julio.

sobre dos niveles institucionales independientes dotados competencias propias y de recursos económicos y autonomía suficientes para la gestión de sus intereses. El sistema se dota asimismo de mecanismos o instancias neutrales que resuelven o rebajan la conflictividad inherente al pluralismo institucional y otras, que garantizan la participación de todas las partes en los asuntos de interés común (Senado) y mecanismos y principios que promueven y garantizan una actuación coordinada basada en los principios de colaboración, auxilio y lealtad institucional.

Dado el elevado desarrollo y consolidación de un modelo territorial propio en España cabría reflexionar sobre si es realmente necesaria una reforma de la Constitución en un sentido federal. Esto es, cabría cuestionarse sobre si no es ya suficientemente amplia la descentralización operada en la práctica a partir del modelo inicialmente previsto en la Constitución, hasta el punto de que como en ocasiones se afirma, el Estado autonómico es ya un Estado federal. La complejidad y la apertura del modelo autonómico español han conducido en algunas ocasiones a esa caracterización por oposición a otros sistemas federales (Solozábal, 1998, 2001; Anderson, 2008, 21-23) o, también como un sistema con tendencia federalizante, y por tanto inacabado. Pero también ha sido definido como una «federación sin federalismo» (Caamaño, 2014, 18), donde solo confluye el componente institucional del federalismo (en realidad sólo algunos de éste: los dos niveles de gobierno, instancia neutral de resolución de conflictos territoriales), pero no la base cultural, ideológica y política que sostiene el federalismo. Esto es así. El sistema autonómico adolece de carencias importantes que dificultan su desarrollo natural *hacia el federalismo*, comparte, aun sin perfeccionar, algunos elementos definitorios de los sistemas federales (Aja, 1999, 110-123). Compartimos esta visión y la necesidad de incorporar las técnicas federales pero sobre todo la cultura federal para reconstruir el modelo territorial en España (Montilla, 2016, 534). La respuesta afirmativa a estos interrogantes se sostiene en el devenir del Estado autonómico y particularmente de la crisis territorial y los niveles de conflictividad de los últimos años, cuyos efectos políticos, sociales y jurídicos no hecho sino mostrar las disfunciones que genera la inexistencia de una Constitución territorial.

Desde comienzos del funcionamiento del sistema autonómico la tensión y la conflictividad territorial han sido advertidas. El Estado autonómico ha superado etapas marcadas por relevantes hitos políticos y jurídicos pero ha mantenido una contante y, en los últimos años, creciente conflictividad territorial. En estos momentos, es evidente el agotamiento de las técnicas, los métodos y procedimientos para cohesionar la diversidad y articular el pluralismo en nuestro sistema constitucional. Ante esta realidad, un sector de la dogmática jurídica

apunta claramente hacia la dirección del federalismo para perfeccionar el Estado autonómico (Aja, 2014; 2015; Biglino, 2016; Cámara, 2014; 2018; López Basaguren, 2016; 2017; Carmona, 2017; Carrillo, 2017; Muñoz Machado, 2017; Montilla, 2015; 2016; Tudela, 2014; 2016). En realidad, el camino del federalismo es la mejor fórmula (a nuestro juicio en el momento actual, la única vía), para integrar la diversidad en un marco común de convivencia, y garantizar un modelo territorial construido sobre la lealtad y cooperación institucional, la igualdad y la solidaridad. Un modelo constitucional que garantice la autonomía política y, con ella necesariamente, la autonomía financiera para la gestión de políticas propias, sobre la base de un pacto sellado en el texto constitucional, que fije el reparto de los ámbitos materiales que corresponden a cada poder territorial, así como los principios y criterios básicos para garantizar la autonomía en la gestión de los recursos financieros y la responsabilidad sobre las decisiones de gasto y de las cargas tributarias de cada instancia de gobierno. Esto es, la constitucionalización de los principios y reglas básicas del sistema de financiación garantizadora de la autonomía y suficiencia financiera de las CCAA y su corresponsabilidad fiscal de acuerdo con los principios de solidaridad, igualdad, equidad y corresponsabilidad fiscal.

El federalismo fiscal constituye uno de los elementos esenciales de la Constitución federal. El pacto constitucional sobre el sistema de financiación es determinante para la definición del modelo territorial pues, como hemos recordado en páginas precedentes, el pleno desarrollo de las competencias de cada instancia de gobierno requiere contar con los recursos económicos y financieros suficientes para cumplir sus objetivos políticos. Es por tanto, evidente la trascendencia que tiene la garantía de la autonomía financiera (en ingresos y gastos) pues condiciona el ejercicio de los poderes atribuidos tanto a la federación como a los Estados, además de medir el grado de descentralización materialmente dispuesto entre las partes y de verificar la efectividad de los principios de solidaridad, igualdad y equidad en el funcionamiento del sistema (Blanco, 2012, 293 y ss.). El marco constitucional en materia de financiación ha sido superado por la realidad, por el dinamismo de un sistema cuyo desarrollo deja atrás el parco contenido constitucional. La revisión de la Constitución en este punto resulta imprescindible, al menos para acomodar el texto constitucional a la realidad, sea actualizando las fuentes de recursos de las Comunidades Autónomas, sea incluyendo los actuales mecanismos de participación autonómica en la gestión de los impuestos, o constitucionalizando el principio de corresponsabilidad fiscal (Elías, 2018, 395-399). Pero también el dinamismo y complejidad del sistema requiere fijar en el nivel constitucional, las reglas, criterios y objetivos comúnmente aceptados por todos con los que

se podrán afrontar los debates sobre el reparto de ingresos y gastos. La discusión y negociación no desaparece con el federalismo fiscal, pero al menos se desarrolla en el marco de instituciones estables y mecanismos y procedimientos democráticos (Trillas, 2016, 94).

En efecto, en la actualidad, el perfeccionamiento del sistema exige que los principios y reglas que rigen el marco de la negociación sobre la cuestión fiscal se reconduzcan al nivel constitucional. Como también, la constitucionalización de las instancias o foros de discusión ya institucionalizados por la práctica con el fin de arrojar mayor estabilidad, corresponsabilidad y transparencia al sistema fiscal. Así sería advertido por expertos de Derecho público en el Informe sobre la Reforma (2017), donde se subraya el destacado papel que ha jugado el Estado y el Consejo de Política fiscal y Financiera en la definición del modelo, ante la práctica ausencia de normas constitucionales en esta materia (Muñoz Machado, 2017, 18). El legislador estatal ha actuado con claro protagonismo no sólo en la definición del modelo mediante la LOFCA que ha desarrollado una función «materialmente constitucional». También en el ejercicio de las competencias estatales para crear tributos (artículos 133 CE) y sobre la Hacienda general (art. 149.1.14 CE) en el marco de las cuales se desarrolla de forma coordinada la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (artículo 156.1 CE).

Por otra parte, el sistema ha evolucionado con escasa participación de los territorios y en un marco institucional inestable y poco transparente como ha sido el Consejo de Política fiscal y Financiera (Muñoz Machado, 2017, 18). La institución que mejor podría garantizar la participación de los territorios e integrarlos en un órgano de discusión de carácter multilateral sometido a reglas claras y precisas sería el Senado, una Cámara de representación real de los intereses de los territorios donde, entre otros asuntos, se discutiera sobre la cuestión fiscal (Trillas, 2016, 92 y ss.). Junto a ello, se impone igualmente la revisión del modelo con el fin de incorporar técnicas e instrumentos de colaboración, cooperación y coordinación entre las instancias de poder como garantía de lealtad y respeto institucional en ésta como también en la cuestión competencial.

Desde otra perspectiva, es interesante subrayar los cuatro ejes que según la Comisión de expertos para la revisión del Modelo de Financiación Autonómica deben ser al menos reconsiderados para mejorar el funcionamiento del sistema¹²: a) garantizar la suficiencia financiera para el mantenimiento del Estado del bienestar en el ámbito competencial autonómico; b) revisar el sistema

¹² Informe de la Comisión de Expertos, op. cit. (2017).

de fondos para que sirva de forma útil y equilibrada a los principios de suficiencia, autonomía, equidad y solidaridad; c) dotar de los instrumentos adecuados para garantizar una financiación sostenible de los servicios públicos fundamentales a lo largo del tiempo y d) dotar de los instrumentos adecuados para garantizar la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de los presupuestos autonómicos.

En definitiva, la reforma constitucional en un sentido federal se muestra necesaria para mejorar el funcionamiento del sistema de financiación, dotarlo de estabilidad y transparencia, pero sobre todo, desde una perspectiva constitucional, adecuarlo a las reglas y principios que sostienen la garantía del pluralismo en el sistema democrático. La solidaridad interterritorial, la igualdad, la equidad en la gestión de los recursos en los distintos niveles de gobierno acorde con un sistema político y económico globalizado (Trillas, 2016, 92). Estos deben ser los ejes sobre los que se articule un nuevo pacto fiscal que garantice la autonomía financiera de los territorios para la gestión de políticas propias en un marco constitucional común. Es cierto, insisto, que la constitucionalización de los principios, reglas e instancias estables de participación no se cierra definitivamente la cuestión fiscal pues la negociación es inherente al sistema. Pero también lo es que reconocer el pacto en el nivel constitucional fija un mínimo común acordado por todos sobre los elementos básicos del funcionamiento del sistema, que podrá ser objeto de revisiones en el seno de instituciones estables (un senado, ajustado a su definición constitucional) y conforme a criterios y objetivo claros y conocidos por todos.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. (2014), *Estado autonómico y reforma federal*, Alianza Editorial.
- «¿Hay que reformar la Constitución?», en *Claves de razón práctica*, n. 241, pp. 18-27.
- (1999), *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza editorial, Madrid.
- ALBERTI ROVIRA, E. (2007), «La intervención del Tribunal Constitucional en la construcción del estado autonómico español», en Revenga, Pajares, Rodríguez-Drincourt (coord.), *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 193-212.
- ANDERSON, G. (2008), *Una introducción al federalismo* (versión traducida al castellano por I. Vericat y C. Morayta), Marcial Pons, Barcelona.
- ARAGÓN REYES, M. (1986), «¿Estado jurisdiccional o autonómico?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 16, pp. 7-12.

- AZPITARTE, M. (2009), «La función de la Constitución en el contexto contemporáneo», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 12, pp. 171-189.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1991), *Fuentes del derecho*, vol. I, Tecnos, Madrid.
- (2012), «Desarrollo constitucional y respuesta andaluza en la construcción del Estado autonómico», en VV. AA., *Jornadas Evolución del Estado Autonómico: La autonomía aragonesa treinta años después*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.
- BIGLINO CAMPOS, P. (2011), «La Constitución fue norma por ser pacto federal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, pp. 179-204.
- BLANCO VALDÉS, R. (2012), *Los rostros del federalismo*, Alianza editorial, Madrid.
- CAAMAÑO, F. (2014), *Democracia federal. Apuntes sobre España*, Turpial, Madrid.
- CÁMARA VILLAR, G. (2014), «La reforma federal en España: diagnóstico y propuestas», en *Italian papers on federalism*, n. 1.
- (2018), «La organización territorial de España. Una reflexión sobre el estado de la cuestión y claves para la reforma constitucional», en *Revista de Derecho Político*, n. 101, pp. 395-430.
- DE CABO MARTÍN, C. (2003), *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Trotta, Madrid.
- ELÍAS MÉNDEZ, C. (2018), «Artículo 156», «Artículo 157», «Artículo 158», en Gómez Sánchez (coord.), *Estudios sobre la reforma de la Constitución de 1978 en su cuarenta aniversario*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2005), *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico*, Iustel, Madrid.
- FREIXES SANJUÁN, T. J.; GAVARA DE CARA, C. (coord.) (2016), *Repensar la Constitución: ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Vol. I, BOE, Madrid.
- GARCÍA PELAYO, M. (1984), *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, colección «Manuales», Salamanca.
- Informe de la Comisión de Expertos para la revisión del modelo de financiación autonómica* (2017). Texto disponible en https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe_final_comisi%C3%B3n_reforma_sfa.pdf.
- LÓPEZ BASAGUREN, A. (2016), «Sobre el desarrollo federal del sistema autonómico», en GARCÍA HERRERA, ASENSI, BALAGUER CALLEJÓN (coord.), DE CABO MARTÍN (hom.), *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1151-1174.
- LÓPEZ BASAGUREN, A.; ESCAJEDO, L. (eds.) (2019), *Claims for Secession and Federalism, A Comparative Study with a Special Focus on Spain*, Springer, Suiza.
- MAESTRO BUELGA, G. (2001), «De la constitución normativa a la desnormativización constitucional», en *Jueces para la democracia*, n. 42, pp. 40-48.
- (2001), «Globalización y Constitución débil», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 7, pp. 137-172.

- MONTILLA MARTOS, J. A. (2015), *Reforma federal y Estatutos de segunda generación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- (2016), «Pensar en federal, actuando en federal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, pp. 533-544.
- MUÑOZ MACHADO, S. (coord.) (2017), *Ideas para una reforma de la Constitución*, presentado en Madrid el 20 de noviembre de 2017. Texto disponible en idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf.
- PÉREZ ROYO, J. (1986), «Reflexiones sobre la contribución de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico», en *Revista de estudios políticos*, n. 49, pp. 7-32.
- PÉREZ ZÚÑIGA, J. M.^a (2017), *Alternativas al sistema de financiación de las Comunidades Autónomas: hacia un nuevo modelo de organización territorial del Estado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A. (2015), *La Constitución fiscal de España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1998), «El Estado federal como Estado compuesto», en *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, n. 6, pp. 121-134.
- (1998), *Las bases constitucionales del Estado autonómico*, McGraw-Hill, Madrid.
- TRILLAS, F. (2016), «Las razones económicas del federalismo», en Camps, Botella, Trillas, *¿Que es el federalismo?*, Catarata, Madrid.
- TUDELA ARANDA, J. (2016), *El fracasado éxito del Estado autonómico. Una historia española*, Marcial Pons, Barcelona.
- WHEARE, K. C. (1946), *Federal government*, Royal Institute of International Affairs, Oxford, en la versión traducida al catalán por Dolors Udina (2008), Institut d'Estudis Autònoms, Colección clásicos del federalismo.
- ZORNOZA PÉREZ, J. (2005), «El sistema de financiación español», en *Jornada sobre el federalismo canadiense y su proyección sobre el modelo español*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

EL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO: CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y CAMBIOS EN EL MODELO

SILVIA SORIANO MORENO
Universidad de Extremadura

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los elementos del Estado Social autonómico y su situación actual. 2.1. El principio del Estado Social. 2.2. El principio de autonomía. 3. Situación del Estado Social autonómico en las posiciones del Tribunal Constitucional. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del Estado Social Autonómico que se configura en nuestro sistema constitucional, partimos de entender el Estado Social como principio general del ordenamiento y con un carácter finalista que debe informar la actividad de todos los poderes públicos, tanto del Estado central como de las Comunidades Autónomas. Efectivamente, la Constitución Española prevé que la definición y realización de las políticas intervencionistas pase por las Comunidades Autónomas en virtud de la distribución territorial de competencias (Pérez Villalobos, 2002, 70), siendo que los mecanismos de carácter prestacional que dan sentido a la mayoría de los derechos sociales corresponde, principalmente, a las Comunidades Autónomas. Más aún, el Estado Social español –concretamente, su vertiente prestacional– es en la actualidad el Estado autonómico (Solozábal Echavarría, 1999).

Así, no encontramos ningún núcleo de competencias relacionado con el Estado Social que sea de realización exclusiva por parte del Estado central y que esté exento de esta distribución competencial del Título VIII CE. El hecho de que la propia Constitución establezca los mecanismos para asegurar la homogeneidad o igualdad en el ejercicio de los derechos –a través de los artículos 139.1, 149.1.1, e incluso 81.1, y la articulación bases-desarrollo– se debe precisamente a que esta distribución competencial afecta a la realidad sobre la que se proyecta la eficacia de los derechos. El Estado Social Autónomico diseñado por la Constitución implica la combinación de los principios de Estado Social y autonomía, a los cuales deberá someterse el legislador y todo el sistema constitucional (Balaguer Callejón, 1992, 26).

2. LOS ELEMENTOS DEL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO Y SU SITUACIÓN ACTUAL

Al analizar los principios del Estado Social y de autonomía, debemos tener en cuenta la necesidad de conjugar dos características aparentemente contrapuestas: la igualdad que impone el Estado social y la diversidad que implica el principio de autonomía política. En consecuencia, las competencias referidas a políticas sociales se encuentran atribuidas a las Comunidades Autónomas, mientras que los criterios básicos quedan reservados al Estado, bien sea a través de títulos competenciales homogeneizadores, bien a través de la financiación, o bien a través del establecimiento de bases en las competencias compartidas (García Herrera, 2002).

El Estado Social autónomico tiene lugar al articularse los principios apuntados a través de un tercero, el principio de competencia. Aunque tradicionalmente hemos podido ver las elaboraciones realizadas en torno a éste como de un principio de relación entre fuentes del derecho, en el concreto caso español este principio se ha visto también como una forma de garantía de la propia autonomía de los entes territoriales.

Como principio de relación entre fuentes (De Otto, 2010, 90)¹, el principio de competencia implica asignar a ciertas normas la regulación de ciertas materias y sólo de estas para determinar su validez. Así, cuando una norma regule una materia que no es de su competencia implicará su nulidad en virtud

¹ El autor habla de «distribución de materias» entre normas, entendiendo así que las diversas normas podrán ocuparse también de otras materias distintas a las encomendadas por el reparto.

de este vicio de competencia, siendo la nulidad tal simplemente por la regulación de la materia ajena a su competencia.

Respecto de la autonomía, parece evidente que esta no tendrá virtualidad efectiva sin un adecuado reparto de competencias. Así, «no hay autonomía posible sin competencias» (De Otto, 2010, 252), por lo que debemos entender el principio de competencia también como un principio de relación entre poderes. En cualquier modelo de distribución territorial del poder será una característica estructural básica la distribución de competencias entre los distintos entes territoriales (Ruipérez, 1994, 179). Más aún, el principio de competencia en los modelos territorialmente descentralizados implica una nueva articulación de la clásica división de poderes dentro del Estado (González Encinar, 1985, 97), ya que éste actúa entre órganos del Estado, pero también entre los entes territoriales que forman parte del mismo. El poder que efectivamente podrán ejercer los distintos órganos y territorios vendrá determinado, y a su vez será limitado, por la distribución de competencias que se realice entre estos.

En el modelo español las competencias implican igualmente la delimitación efectiva del ámbito de poder de cada uno de los entes territoriales y su vulneración supondría también la de los principios de unidad y autonomía (Balaguer Callejón, 1992, 158)². Así, la misma descentralización política en el modelo español se fundamenta precisamente en el principio de competencia (De la Quadra-Salcedo Janini, 2009).

Atendiendo a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que realiza la Constitución sabemos que podemos encontrar un sistema complejo de articulación competencial. Concretamente, en la cuestión que estamos tratando, cabe detenerse en las competencias sobre políticas de contenido social, ya que son sobre las que, mayoritariamente, se proyecten los derechos sociales. Respecto de las políticas sociales prestacionales, en lo que se refiere a sanidad, educación y Seguridad Social –aunque no son todos los ámbitos materiales referentes a derechos sociales sí son destacables–, la distribución territorial de competencias queda determinada constitucionalmente de manera compartida (Sáenz Royo, 2003, 180). Así, el art. 149.1.16 CE otorga a la competencia del Estado las «Bases y coordinación general de la sanidad»; el art. 149.1.17CE la «Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social» y el art. 149.1.30 CE las «normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución» referido al derecho a la educación. Con ello,

² El autor afirma que «ambos principios, unidad y autonomía, se manifiestan a través de los órdenes competenciales asignados a cada poder (general y territoriales), cuya vulneración es también violación de los principios que ese orden competencial expresa».

en estas materias, el Estado tendrá la competencia para determinar la legislación básica mientras que las Comunidades Autónomas podrán desarrollar estas bases y ejecutar la competencia. De hecho, así han asumido todos los Estatutos de Autonomía efectivamente estas competencias³, con lo que quedarán atribuidas de manera compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Todo ello supone que el Estado autonómico configurado en la Constitución de 1978 conlleva la articulación, como ya se ha dicho, de un sistema de reparto de competencias que se proyectan sobre el ámbito material de los derechos que dan sentido al Estado social. Por ello, esta distribución territorial de competencias será además determinante para alcanzar los objetivos que impone el Estado Social (García Pelayo, 1980).

Por todo ello, se hace necesario analizar separadamente los dos elementos que componen el concepto al que nos venimos refiriendo: de un lado el Estado Social y, de otro, el modelo autonómico. Además, haremos referencia a su situación actual ya que, en los últimos tiempos, han sufrido cambios que pueden dar lugar a una modificación en la propia configuración del concepto.

2.1 El principio del Estado Social

El establecimiento de las denominadas cláusulas de Estado social en las constituciones debería implicar una concepción determinada de los fines que debe tener el Estado, obligando así al legislador y a los poderes públicos a desarrollar los mecanismos necesarios para su consecución. Estos mecanismos pasan, necesariamente, por la intervención pública en la economía y por la efectividad de los derechos sociales, ambos pilares básicos del conocido como constitucionalismo del Estado social.

En la Constitución Española de 1978 encontramos esta «cláusula del Estado Social» en el artículo 1.1, relacionando además la caracterización de «social» con la de «democrático» y «de derecho», ya que no es posible entender estos conceptos por separado. Es precisamente esta interrelación la que ha he-

³ Esta asunción competencial se ha realizado del siguiente modo: a) en materia de sanidad: arts. 18 EAPV, 162 EACat., 33 EAG, 55 EAAnd., 11.2 EAAst., 25.3 EACant., 9.3 EALR, 11.1 EAMur., 54 EACV, 71.55 EAAr., 32.3 EAC-LM, 32.10 EACan., 53.1 LORAFNA, 9.24 y 10.9 EAExt., 30.48 y 31.4 EAIB, 27.4 EAMad. y 74 EACyL; b) en materia de Seguridad Social: arts. 18 EAPV, 165 EACat., 33 EAG, 63 EAAnd., 11.3 EAAst., 25.3 EACant., 9.3 EALR, 11.1 EAMur., 54 EACV, 75.1 EAAr., 32.3 EAC-LM, 32.18 EACan., 54 LORAFNA, 10.6 EAExt., 31.12 EAIB, 27.5 EAMad. y 71.3 EACyL; c) en materia de educación: arts. 16 EAPV, 131 EACat., 18 EAAst., 31 EAG, 52 EAAnd., 28 EACant., 10 EALR, 16 EAMur., 53 EACV, 73 EAAr., 37 EAC-LM, 32.1 EACan., 47 LORAFNA, 10.4 EAExt., 36 EAIB, 29 EAMad. y 73 EACyL.

cho que la doctrina distinga el concepto de Estado Social, de otros conceptos como Estado de Bienestar, Estado asistencial o Estado prestacional, con los cuales existen caracteres comunes, pero que evocan una sociedad pasiva que no sería tal en el Estado Social y democrático. Y esto es así por cuanto en este caso la sociedad participa activamente en la formación de la voluntad estatal a través de procedimientos democráticos y por cuanto no se puede garantizar una verdadera participación social en la formación de la voluntad del Estado y en la configuración del Estado democrático si no se aseguran unos niveles adecuados de igualdad entre la ciudadanía. Estas tres caracterizaciones recogidas en el art. 1.1 CE del Estado como social, democrático y de derecho son entendidas por Carlos de Cabo como una caracterización unitaria que expresa la actuación que el Estado realizará en la sociedad, con qué procedimientos realizará esta actuación y con arreglo a qué marco. Pero, además, en esta unidad hay un elemento prevalente por hacer referencia a la estructura del Estado: la caracterización de social. Así, los cambios que tengan lugar en el Estado Social afectarán también al Estado democrático y al Estado de Derecho (De Cabo Martín, 1993, 332). Con ello, el Estado Social en la Constitución como principio debe ser entendido como principio finalista –en tanto que las cláusulas de Estado Social en las constituciones marcan los fines que debe perseguir el Estado– y, además, como un principio estructural en nuestro texto constitucional, ya que afecta a toda la estructura del propio Estado y a todos sus elementos.

Como bien sabemos, la consecución efectiva del Estado Social pasa por el reconocimiento y garantía de una serie de derechos sociales que aseguren esa igualdad real y efectiva de la ciudadanía, de acuerdo con el mandato establecido por la Constitución Española a los poderes públicos en su art. 9.2. Y es precisamente en este punto en el que encuentra su encaje con el principio de autonomía, ya que las competencias materiales sobre los mismos recaen en las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, se hace necesario hacer referencia a la crisis del Estado Social y al denominado «constitucionalismo de la crisis del Estado Social». No podemos marcar unas líneas básicas del concepto del Estado Social ni de su configuración constitucional como si de una realidad inamovible se tratara, es decir, sin hacer referencia a su crisis (De Cabo Martín, 1986), puesto que será éste el marco en el que nos moveremos. Es precisamente a partir de los años setenta del S. xx, cuando la crisis económica impone cambios en el Estado, retornando a ciertos postulados del liberalismo como favorecer la libertad del mercado, privatización de sectores públicos, y, con ello, la ruptura del consenso social que sirvió de base al constitucionalismo del Estado Social. El cambio en la intervención estatal en la economía también supone un cambio en

la intervención con mecanismos redistributivos y sobre el mercado de trabajo, intervenciones que, son parte una de la otra.

Desde un punto de vista constitucional se hace necesario con esta base analizar la realidad de la eficacia de los textos constitucionales, su verdadera normatividad y los problemas de fondo que supone un cambio real de los cambios sociales y económicos de los textos (García Herrera, 1997, 13)⁴. Aunque formalmente la Constitución mantiene la caracterización del Estado como social, en la realidad el imperio del mercado ha ido imponiendo el criterio de la libre competencia y el libre mercado de cara a determinar las políticas públicas. Y esta es una realidad que no podemos perder de vista en el análisis que nos ocupa.

En los últimos tiempos, esta realidad nos hace prestar atención a la estabilidad presupuestaria exigida desde la Unión Europea⁵ y concretada en España a través de la reforma del art. 135 CE. En la Unión Europea se establecía el marco jurídico para dotar de contundencia a la estabilidad presupuestaria mediante el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria y el Tratado constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad (Freixes Sanjuán, 2015) (Albertí Rovira, 2013)⁶, ambos de 2012, los cuales vinieron precedidos por el denominado como *Six Pack*⁷. En España, por su parte, se constitucionaliza el principio de estabilidad presupuestaria con la reforma del art. 135 CE y se desarrolla mediante la Ley Orgánica 2/2012,

⁴ El autor señala expresamente en el Prólogo que «...cuando cambian las bases sociales y económicas, aunque perdure el texto literal de los preceptos, el contenido y significado de los derechos se transforma sustancialmente y quedan convertidos en un pálido reflejo de lo que fueron en los momentos en que coincidían sociedad y derecho. Negarse a entrar en esta dialéctica significa incurrir en un formalismo estéril que desconoce la compleja funcionalidad del derecho y reduce la teoría constitucional a mera elucubración basada en la conexión abstracta de conceptos indiferentes a la mediación jurídica de intereses en su manifestación histórica».

⁵ Con antecedentes en el Tratado de Maastricht, confirmado con el Tratado de Ámsterdam –con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento– y con el Tratado de Lisboa (art. 126 TFUE).

⁶ Los trabajos citados, entre otros, ponen de manifiesto que estos Tratados fueron elaborados mediante criticables técnicas, con acuerdos intergubernamentales y sin intervención del Parlamento Europeo.

⁷ Reglamento (UE) 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro; Reglamento (UE) 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la zona del euro; Reglamento (UE) 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos; Reglamento (UE) 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Este nuevo marco jurídico supone una quiebra en la constitución económica del Estado Social y el fin de las bases materiales de este. Esto ha hecho a parte de la doctrina entender que el principio de estabilidad presupuestaria cuenta con una centralidad que subordina al constitucionalismo social (Maestro Buelga, 2015) (Lasa López, 2014). Por tanto, la confirmación del principio económico de estabilidad presupuestaria ha supuesto una quiebra en el principio del Estado Social que no podemos perder de vista. Por su parte, si, como venimos afirmando, el Estado Social se ha materializado en nuestro sistema constitucional a través de la distribución territorial del poder, podremos adelantar que esta quiebra ha influido también decisivamente en el principio de autonomía que da sentido al modelo autonómico, como veremos a continuación.

2.2 El principio de autonomía

El art. 2 CE establece una organización territorial descentralizada a través del principio de autonomía, garantizado a través del derecho a la autonomía de nacionalidades y regiones.

A la hora de determinar el significado del principio de autonomía, cabría partir de su consideración como concepto jurídico indeterminado (Tomás y Valiente, 1988, 43) o, en palabras del propio Tribunal Constitucional, que «ofrece un margen de apreciación muy amplio»⁸. Doctrinalmente, encontramos acuerdo a la hora de entender el principio de autonomía como un principio estructural del Estado (Ruipérez, 1994, 123), postura compartida por el Tribunal Constitucional al entenderlo como un principio estructural básico de la Constitución⁹, lo que nos permite fijar un punto de partida en su consideración. Sin embargo, en el texto constitucional no encontramos el uso de la expresión «principio estructural» de modo que nos permita conocer su significado. Podemos entender los principios que afectan a la organización territorial del poder como principios organizativos, aquellos en los que el Constituyente se basó para establecer el modelo territorial de distribución de competencias (González Encinar, 1985, 94). La estructura descentralizada del Estado afecta a todos sus elementos y es por ello que debe ser considerado como un principio estructural. Además, la garantía que la Constitución hace de esta autonomía y los elementos que la configuran nos lleva a entender la misma como un

⁸ STC 4/1981, de 2 de febrero; FJ 1.

⁹ STC 32/1981, de 28 de julio; FJ 3.

fin establecido en la Constitución y al que el Estado deberá tender. Es por ello que el principio de autonomía es también un principio finalista (De Otto, 2010, 43). Esta doble consideración de ambos principios nos lleva a plantear que todo principio constitucional es estructural y finalista en tanto afecta a la estructura del Estado y constituye un fin que debe perseguir el propio Estado.

Si bien es cierto que la autonomía supone un concepto de difícil concreción, si entendemos la función de la autonomía para los entes territoriales en el sentido en el que hemos visto que lo entiende el propio Tribunal Constitucional, «para la gestión de sus respectivos intereses»¹⁰, una de las garantías fundamentales para la autonomía sería la propia distribución competencial fijada en la Constitución (Ruipérez, 1994, 127) y garantizada por la propia rigidez constitucional y estatutaria.

Más allá de considerar la propia rigidez constitucional como una garantía de la autonomía, cabría incluso preguntarse si el propio poder de reforma constitucional –incluso el del mismo procedimiento agravado del art. 168 CE– podría cambiar de tal modo la organización territorial del Estado que eliminara la autonomía (Solozábal Echavarría, 2004, 48). Más aún, si entendemos la autonomía como la forma que toma la democracia en la organización territorial del Estado (González Encinar, 1985, 160). Esta estrecha relación entre autonomía y democracia –entendidas ambas como un todo, o bien como la creación de entes territoriales e institucionales más cercanos a la ciudadanía– supondrían que una supresión de la autonomía implicaría un daño inaceptable para el propio modelo democrático. Recordemos que habíamos hecho referencia a la autonomía como un principio estructural del Estado y esto implica que los cambios operados en el mismo afectarían al resto de principios y de caracteres del propio Estado. Igualmente habíamos entendido que sucedía con el principio de Estado Social y su relación con las caracterizaciones de democrático y de derecho.

Del mismo modo que habíamos observado cambios determinantes en las condiciones materiales de ejercicio del principio del Estado Social, respecto del principio de autonomía podemos observar que también han tenido lugar importantes cambios en los últimos tiempos.

En primer lugar, retomaremos la cuestión de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria mediante la reforma del art. 135 CE –y su desarrollo con la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera– que supondría el fin definitivo de las

¹⁰ STC 32/1981, de 28 de julio; FJ 3.

condiciones materiales de sostenimiento del Estado Social y el inicio de las políticas de recortes en derechos sociales (Escudero Alday, 2012) (Faggianni, 2015). La crisis económica ha supuesto un discurso centralista sobre la necesidad de recentralización y de regresión de los niveles de descentralización alcanzados (Tudela Aranda, 2015). Y no sólo en lo discursivo, sino que en lo que respecta a las medidas políticas adoptadas frente a la crisis económica, ha sido el Estado central quien ha asumido todo el protagonismo –aunque el margen de decisión pueda ser limitado por las exigencias de organismos internacionales– (Viver Pi-Sunyer, 2011)¹¹. Así, el uso de las competencias básicas y transversales del Estado –arts. 149.1.1 y 149.1.13 CE– y la interpretación extensiva de las competencias estatales que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional en los últimos tiempos han erosionado considerablemente las competencias autonómicas (Corretja Torrens, 2013).

Por otra parte, las medidas de austeridad adoptadas por el Estado central han supuesto un considerable impacto en las Comunidades Autónomas¹². Estas limitaciones, sumadas a los problemas de financiación autonómica existentes y al uso que se ha venido haciendo de las competencias básicas y transversales por parte del Estado central han supuesto una afectación clara al sistema de distribución territorial de competencias, si bien no en su vertiente nominal, sí en su ejecución efectiva. Con ello también un límite a la autonomía. Concretamente, debemos tener en cuenta que en el marco de las políticas de estabilidad presupuestaria el gasto social se ha concebido como un coste de necesaria minimización (Adnane, 2013) y a este objetivo han tendido, principalmente, las medidas legislativas de reducción del déficit, con una considerable involución del nivel de garantía de los derechos sociales. Por su parte, la estabilidad presupuestaria ha supuesto la atribución al Estado de la capacidad para fijar unilateralmente los objetivos de déficit y deuda públicos para las Administraciones territoriales, así como los objetivos individuales de cada Comunidad Autónoma¹³ y el control de su cumplimiento¹⁴. Por su parte, la regla de gasto para todas las Administraciones Públicas establecida en el art. 12 de la Ley

¹¹ El autor finaliza afirmando que «...la crisis posiblemente no habría sido la causa de la recentralización, pero sí una excusa extraordinariamente útil a tales efectos».

¹² La fijación del déficit público de 2010 se realizó sin consulta a las Comunidades Autónomas, por ejemplo. La consecuencia del incumplimiento de los límites del déficit es, además, la no autorización para la emisión de deuda pública o acudir a operaciones de crédito internacional para las Comunidades Autónomas.

¹³ Artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹⁴ Mediante las medidas preventivas, correctivas y coercitivas establecidas en el Capítulo IV de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Orgánica 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera¹⁵ obliga a destinar los ingresos obtenidos por encima de las previsiones a la reducción de deuda pública. Todas estas previsiones afectan decisivamente a la autonomía presupuestaria de las Comunidades Autónomas que no encuentran justificación ni en el reformado art. 135 CE, ni en el derecho europeo, ni en las competencias estatales sobre hacienda pública y ordenación general de la economía de los arts. 149.1.13 y 14 CE (Albertí Rovira, 2013). Esta afectación a la autonomía financiera y presupuestaria de las Comunidades Autónomas implica una afectación directa a la autonomía política de las mismas y, por tanto, al propio principio de autonomía. Recordemos que la STC 289/2000, de 30 de noviembre, en su FJ 3 había entendido «la autonomía financiera, como instrumento indispensable para la consecución de la autonomía política». Por tanto, una limitación excesiva de la primera comporta, necesariamente, una importante merma en la segunda.

Finalmente, ya desde los primeros análisis y estudios que se realizaron en torno a la STC 31/2010 se vaticinaba que el modelo autonómico se vería afectado de una u otra manera (Fossas Espadaler, 2010) (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2011), aunque en la mayoría de casos sin poderse prever las consecuencias de esa afectación. La STC 31/2010 implica un cambio en la concepción del Estado autonómico especialmente en dos aspectos: el fin del proceso de construcción competencial del modelo y, como consecuencia, el cambio en la función constitucional de los Estatutos de Autonomía para esta y otras funciones. Esta Sentencia supone una limitación en la construcción política del Estado autonómico, ya que no debemos perder de vista que el Estado autonómico se construyó a partir de los acuerdos políticos entre partidos. Mientras el modelo estaba abierto, el acuerdo político era posible y el modelo seguía funcionando porque su articulación política era posible. Con las limitaciones actuales y el aparente cierre del modelo la negociación política deja de tener sentido y el sistema entra en crisis. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 fue fruto de un largo y dificultoso proceso de negociación entre las fuerzas políticas catalanas, primero, y en el seno del Congreso de los Diputados, posteriormente. La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 –en el marco del Estatuto catalán, pero que afecta a la consideración de todos los Estatutos de Autonomía– obvia este proceso de negociación y acaba con la principal herramienta de construcción del modelo autonómico: la negociación política. Esta posición del Tribunal manifestada

¹⁵ «5. Los ingresos que se obtengan por encima de lo previsto se destinarán íntegramente a reducir el nivel de deuda pública.»

en la citada Sentencia ha sido criticada en dos sentidos: desde el punto de vista jurídico parte de la doctrina critica la devaluación de la posición constitucional del Estatuto (Albertí Rovira, 2016, 27); desde el punto de vista político se ha visto desde ciertos sectores como la constatación de que el pacto político de conjugación del modelo territorial es imposible (Montilla Martos, 2016, 35).

3. SITUACIÓN DEL ESTADO SOCIAL AUTONÓMICO EN LAS POSICIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para completar la manifestación de los cambios expuestos y que inciden directamente en la configuración del Estado Social autonómico, cabe hacer referencia brevemente a los posicionamientos del Tribunal Constitucional que, revisando su propia doctrina anterior, están revirtiendo el concepto que nos ocupa.

En concreto, destacaremos la interpretación que el Tribunal ha realizado recientemente respecto del art. 149.1.1 CE, título competencial homogeneizador de los derechos que, como ya se había apuntado, refleja la previsión constitucional del Estado Social autonómico. Consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional se había referido a esta competencia como de mínimos, sin poder ser entendida como una uniformidad de ordenamientos que resultaría inadmisibles para la autonomía. La STC 107/2014, de 26 de junio, resuelve un conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en relación con los arts. 1, 3 y 5 y disposición final segunda del Real Decreto 1052/2002, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento para la obtención de la evaluación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación, y de su certificación, a los efectos de contratación de personal docente e investigador universitario. En el fallo, la mayoría del Tribunal decide conceder la controvertida competencia al Estado con base en, entre otros, el art. 149.1.1 CE. En este sentido, son de destacar el sentido de los Votos Particulares formulados, donde se pone de manifiesto este injustificado giro del Tribunal¹⁶, además de destacar que es la primera vez que se utiliza el citado título competencial para adjudicar competencias ejecutivas¹⁷, extralimitando la función constitucional de este artículo fijada por la doctrina consolidada, de manera injustificada.

¹⁶ Ver el Apartado 4 del Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

¹⁷ Ver apartado 3 del Voto particular que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

Destaca también la STC 170/2014, de 23 de octubre y, de nuevo, por lo manifestado en sus votos particulares. Esta Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra varios artículos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales. El Tribunal entiende en el FJ 6a de la Sentencia que la competencia controvertida se refiere a las condiciones básicas de ejercicio del derecho y atribuye al Estado la competencia ejecutiva en la materia en virtud de los artículos 139.1 y 149.1.1 CE, contraviniendo así la doctrina consolidada, ya que la competencia ejecutiva en la materia sobrepasa las posiciones jurídicas fundamentales en el ejercicio de los derechos¹⁸.

Por otra parte, merece también especial mención el posicionamiento del Tribunal Constitucional respecto de las legislaciones autonómicas que resuelven la constitucionalidad de las leyes autonómicas que ampliaban el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia y las prestaciones sanitarias de diversas Comunidades Autónomas¹⁹. Este ámbito subjetivo del derecho fue limitado a nivel estatal mediante el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que excluía a los mayores de 26 años que no tengan alta laboral en la Seguridad Social, sean pensionistas o están percibiendo o hayan percibido prestaciones, así como a las personas extranjeras

¹⁸ El Voto particular del Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías y don Fernando Valdés Dal-Ré denuncia un proceso de recentralización de competencias autonómicas por esta vía. El apartado 1 de este Voto Particular establece que «La vinculación que se hace entre el art. 149.1.30 CE y el art. 149.1.1 CE, a través del art. 139 CE, no se corresponde con la más consolidada jurisprudencia constitucional en la materia y creo advertir en la opinión en que se funda la Sentencia una reinterpretación del art. 149.1.1 CE en la línea, sobre la que ya he llamado la atención en otros votos particulares, de un proceso de recentralización de competencias en el Estado en detrimento de las que tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía reservan a las nacionalidades y regiones.». El apartado 2 del Voto Particular hace un interesante resumen de la anterior jurisprudencia constitucional en la materia para concluir, en el apartado 3, que «la opinión en que se funda la Sentencia (...) no puede justificarse constitucionalmente si no es como producto de una hiperestesia acerca de los inconvenientes que se asocian al principio de diversidad, esencial en el Estado autonómico». Finalmente, concluye que «la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.1 CE que, en mi consideración, han sido obviadas para justificar un desapoderamiento total de las competencias ejecutivas otorgadas a la Generalitat de Cataluña».

¹⁹ Así, el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra; el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana; y la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social de Extremadura.

no registradas ni autorizadas como residentes en España de la asistencia sanitaria salvo en caso de urgencia, embarazo, parto, posparto y menores de edad²⁰.

En primer lugar, el Tribunal admitió la posibilidad de que el legislador estatal restringiera el ámbito subjetivo del derecho apuntado²¹, formulándose a su vez diversos votos particulares en el sentido de reivindicar el Estado Social²² y recordar que la determinación de la condición de asegurado corresponde a las Comunidades Autónomas al tratarse de una competencia ejecutiva sobre la materia²³.

Pero de mayor interés resulta la solución adoptada por el Tribunal respecto de las legislaciones autonómicas apuntadas. Así, la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi²⁴, resuelve otorgar la controvertida competencia al Estado central, impidiendo así que las Comunidades Autónomas puedan ampliar el ámbito subjetivo del derecho limitado por el Estado central. Esta solución vuelve a ser duramente criticada en los Votos particulares²⁵, recogiendo los elaborados en las Sentencias anteriormente referidas respecto de las competencias y reconociendo la grave incidencia sobre el Estado Social del planteamiento del Tribunal en esta cuestión.

4. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la configuración constitucional de los principios de Estado Social y de autonomía, conjugados a través del principio de competencia, ha dado lugar a lo largo de la evolución del modelo al denominado Estado Social autonómico. Sin embargo, hemos podido observar cómo estos princi-

²⁰ Esta limitación del ámbito subjetivo del derecho a la salud y a la asistencia sanitaria se ha visto revertida con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, retomando el criterio de la residencia para la determinación de la titularidad del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

²¹ En las SSTC 139/2016, de 21 de julio, 183/2016, de 3 de noviembre y 33/2017, de 1 de marzo.

²² Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita – así como el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos que formula su propio voto particular, pero se adhiere al citado en este apartado – a la STC 139/2016, de 21 de julio.

²³ Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 33/2017, de 1 de marzo.

²⁴ Tanto la argumentación del Tribunal, como el Voto particular referido, se reiteran en las restantes Sentencias sobre la cuestión, las SSTC 140/2017, de 30 de noviembre, 145/2017, de 14 de diciembre y 2/2018, de 11 de enero.

²⁵ Voto particular que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

pios y su desarrollo han sufrido importantes cambios en los últimos años y que, por tanto, habrán hecho cambiar el citado Estado Social autonómico.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, que a lo largo del proceso de configuración del modelo autonómico ha tenido un protagonismo incuestionable, también viene revisando su propia doctrina y limitando la capacidad que las Comunidades Autónomas venían teniendo para la regulación y las políticas de ejecución del Estado Social, lo que daba sentido al concepto tratado en estas líneas.

Se hace necesario un análisis profundo, que nos permita concretar la situación actual de la configuración constitucional del Estado, así como la incidencia que estos cambios hayan podido tener en otros principios constitucionales – que ya hemos apuntado anteriormente, relacionando tanto Estado Social como autonomía con el principio democrático – . Si el Estado Social autonómico se configuraba a partir de considerar que el reparto competencial hacía que el desarrollo de los derechos sociales se realizara por las Comunidades Autónomas, la ausencia de eficacia de esos derechos sociales y las modificaciones en la capacidad de las Comunidades Autónomas para el ejercicio efectivo de sus competencias, necesariamente supone una configuración distinta, tanto del concepto, como de los principios que lo integran.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADNANE, A. (2013), «La regla de estabilidad presupuestaria y la posible involución del Estado social autonómico», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n.º 8, págs. 111-127.
- AJA FERNÁNDEZ, E. (2003), *El Estado Autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (2013), «El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, págs. 63-89.
- (2016), «Encuesta sobre la cuestión catalana», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, págs. 26-37.
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (1992), *Fuentes del Derecho, II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid.
- CORRETTA TORRENS, M. (2013), «El sistema competencial español a la luz de la eficiencia: indefinición, duplicidades, vulnerabilidad de las competencias autonómicas y conflictividad», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5, 35-44.
- DE CABO MARTÍN, C. (1986), *La Crisis del Estado Social*, PPU, Barcelona.

- (1993), *Teoría histórica del Estado y del Derecho Constitucional (vol. II)*, PPU, Barcelona.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2011), «El Estatuto de Cataluña y el Estado autonómico tras las Sentencias del Tribunal Constitucional», *Revista de Administración Pública*, n.º 184, págs. 41-77.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2009), «Los principios de competencia y prevalencia como reglas de resolución de conflictos en el Estado autonómico», *RJUAM*, n.º 20, págs. 219-238.
- DE OTTO, I. (2010), *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.
- ESCUDERO ALDAY, R. (2012), «Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 2, págs. 86-98.
- FAGGIANI, V. (2015), «La constitucionalización del “equilibrio presupuestario”: entre spending review y garantía del nivel mínimo de las prestaciones sociales», en M. A. García Herrera; J. Asensi Sabater; F. Balaguer Callejón (coord.), *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia (págs. 709-743).
- FOSSAS ESPADALER, E. (2010), «El Estatuto como norma y su función constitucional», *Revista Catalana de dret públic, Especial Sentencia sobre el Estatuto*, págs. 91-95.
- FREIXES SANJUÁN, T. (2015), «Els drets fonamentals en perspectiva multinivell. Reflexions entorn dels seus efectes», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 50, 32-41.
- GARCÍA HERRERA, M. A. (1997), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao.
- (2002), «Estado, Comunidades Autónomas y derechos sociales: relaciones y tendencias», *Anuario jurídico de La Rioja*, n.º 8, págs. 107-147.
- GARCÍA Pelayo, M. (1980), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J. (1985), *El Estado Unitario-Federal*, Tecnos, Madrid.
- LASA LÓPEZ, A. (2014), «La ruptura de la Constitución material del Estado Social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 90, págs. 213-248.
- MAESTRO BUELGA, G. (2015), «Del estado social a la forma global de mercado», en M. A. García Herrera; J. Asensi Sabater; F. Balaguer Callejón (coord.), *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch, Valencia (págs. 53-94).
- MONTILLA MARTOS, J. A. (2016), «Encuesta sobre la cuestión catalana», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, págs. 26-37.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (2002), *Estado Social y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid.
- RUIPÉREZ, J. (1994), *La protección constitucional de la Autonomía*, Tecnos, Madrid.
- SÁENZ ROYO, E. (2003), *Estado Social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*, Thomson Civitas, Madrid.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1999), «El Estado social como Estado autonómico», *UNED, Teoría y Realidad constitucional*, n.º 3, págs. 61-78.
- (2004), *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1988), *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid.
- TUDELA ARANDA, J. (2015), «La crisis económica y el Estado autonómico», en J. Tudela Aranda y M. Kölling, *Costes y beneficios de la descentralización política en un contexto de crisis: el caso español*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza (págs. 145-179).
- VIVER PI-SUNYER, C. (2011), «El impacto de la crisis económica global en el sistema de descentralización política en España», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 13, págs. 146-185.

EL ÁREA METROPOLITANA COMO MEDIO PARA UNA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÁS EFICIENTE

LUIS MIGUEL GARCÍA LOZANO*
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Introducción. 2. De las ciudades a los grandes núcleos poblacionales: en busca de soluciones administrativas. 2.1 La solución española: El área metropolitana. 2.1.1 Los casos más recientes de áreas metropolitanas en España: Valencia, Barcelona y Vigo. 2.2 La experiencia italiana: las ciudades metropolitanas. 2.3 La República Federal Alemana. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración en Europa, en su sentido más amplio, ha sufrido una evolución notable durante toda la Edad moderna y, sobre todo, en la Edad contemporánea dados los nuevos impulsos y diseños teóricos que aparecieron y la han hecho alterarse para adaptarse a las nuevas necesidades de la población. Fruto de dichos cambios surgieron nuevas realidades públicas con las que darles respuesta de conformidad a la nueva realidad fáctica. La ciudadanía va evolucionando en relación a sus preferencias y necesidades que se van presen-

* Doctor Europeo en Derecho Administrativo por el Alma Mater Studiorum-Università di Bologna. Profesor de la Universidad de Granada.

tando. Habida cuenta la inmersión tanto de la sociedad como de las administraciones en las nuevas tecnologías, la adaptación de la sociedad a la nueva realidad técnica, e incluso el cambio de preferencias que puede conllevar la superación de algunas necesidades que antaño se presentaban como primordiales y, sin embargo, se han vistos sustituidas por otras que las han dejado atrás, quedando incluso periclitadas.

De la misma manera, el crecimiento poblacional y las concentraciones en torno a las grandes ciudades ha hecho surgir una serie de preferencias para la ciudadanía que deriva en la prestación de nuevos servicios comunes para los municipios afectados en los que residen la administrados, pero también por los que transitan de manera puntual, o de manera regular.

A todas las razones dadas con anterioridad, se unen los movimientos poblacionales que, si bien se han dado durante toda la historia del ser humano, durante la segunda década del siglo xx en toda Europa se ha acentuado de manera pronunciada desde ámbitos más rurales hacia zonas urbanas en búsqueda de progreso económico. Estos traslados migratorios han derivado en el crecimiento de la población de las ciudades con el surgimiento de barrios periféricos, o de nuevos núcleos urbanos (Galera Victoria, 2015, 395).

No obstante, debe de recordarse que los residentes en los mismos se desplazarían y, aún actualmente lo hacen, a la ciudad en torno a la que han crecido dichas poblacionales con fines laborales, de ocio, de esparcimiento, comercial, etc. Buscando hacer compatible esta habitualidad que se ha desarrollado se exige la prestación de una serie de servicios, no sólo entre la gran ciudad y el resto de núcleos donde residen los ciudadanos que hacen uso de ellos, sino también en ambos ámbitos. A fin de dar una respuesta acorde a las necesidades que se suscitaban y, dada la autonomía municipal como persona jurídica independiente se decidió crear otra forma organizativa con la que dispensarse los servicios entre los diversos términos municipales que se viesan afectados por esta sobrepoblación. Para ello, se buscó la forma en la que los gastos devengados por la implantación y prestación de estos servicios conjuntos fueran sufragados y sostenidos de manera compartida por todos los municipios entre los que se implementaran.

Tradicionalmente, la organización administrativa que surge alrededor de una gran ciudad ha dado grandes frutos pues, encarnándose en una persona jurídica pública como administración territorial inferior a la regional, pero en todo caso, superior a los niveles municipales, que pretenderá coordinar y, ordenar una serie de ámbitos competenciales dirigidos a servir a varios municipios.

Esta problemática no es algo que se haya dado exclusivamente en nuestro país, pues se ha suscitado en la totalidad de los países en los que ha habido

movimientos poblacionales hacia grandes núcleos por la razón que fuese. En los diversos estados de nuestro entorno, las soluciones que se han encontrado han sido las de crear instituciones entorno a dichos núcleos como pudieran ser las ciudades metropolitanas en Italia o en Francia (Vandelli, 2014, 41), las grandes ciudades en el caso inglés, las *Regierungsbezirk* alemanas, o como en nuestro caso, las áreas metropolitanas¹. Las realidades jurídicas adoptadas, aunque con soluciones y regulaciones diversas, tienen un fin particularmente similar basado en la prestación de servicios conjuntos a lo largo del territorio de varios municipios limítrofes a un gran municipio, aunque con un papel preponderante de la gran ciudad.

2. DE LAS CIUDADES A LOS GRANDES NÚCLEOS POBLACIONALES: EN BUSCA DE SOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

Como se ha dicho, ante las necesidades que surgían en torno a una población flotante que fluctúa a lo largo del día y, que se traslada a la gran ciudad con variadas finalidades, se buscaron diversas soluciones. En el caso francés se crearon las llamadas ciudades o áreas metropolitanas llegando al número de 15, en el caso alemán actualmente hay constituidas 19 personas jurídicas y, sin embargo, en nuestro país tan sólo se ha decidido crear esta tipología de persona jurídica pública en dos zonas: la constituida alrededor de la ciudad de Barcelona y, la creada en torno a la ciudad de Vigo.

2.1. La solución española: El área metropolitana

En nuestro Estado es el texto constitucional el que recoge en el artículo 142.3 la posibilidad de crear otra tipología de personas jurídicas públicas a nivel local distintas a la provincia. No se trata de una previsión aislada según la cual poder crear o instituir otras administraciones de manera minoritaria. Al contrario, lo que se pretendía era consagrar la autonomía de muchas de las personas jurídicas que ya estaban creadas en el momento en el que se aprobó a Carta Magna y, a su vez, posibilitar a las Comunidades Autónomas la creación de estos entes sin necesidad de la intermediación del Estado, pero a

¹ El profesor VANDELLI propone como modelos de grandes urbes el caso paradigmático de Londres, las ciudades-estado de Bremen, Hamburgo o Berlín, el supuesto de la ciudad-región de Madrid o el caso de Bruselas. Vid. (VANDELLI, 2014: 41).

la vez, imposibilitando una tutela regular y ordinaria sobre ellas, por cualquier otra Administración Pública territorial superior o inferior.

Pero la confirmación de la autonomía organizativa local viene recogida ya en el artículo 140 CE, localizado al inicio del capítulo de la Administración Local en el título VIII, del que es pórtico. Esta previsión es de gran importancia pues con ella se decidió dotar al citado principio de autonomía como una respuesta para las situaciones objeto del presente estudio. Pero no es suficiente para llevarse a cabo. Necesariamente tenía que quedar reflejado en la Ley, lo cual se plasmó en torno a la regulación de las áreas metropolitanas reguladas en el apartado 2 del artículo 43 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local. Es través del desarrollo normativo por el que el legislador decide consolidar en manos de las Comunidades Autónomas la competencia sobre la creación, modificación o supresión de un área metropolitana enclavada en el interior de los límites de su ámbito territorial como persona jurídica pública. Si bien la misma se debe ejercer dando audiencia a las administraciones territoriales principales recogidas en la Constitución como básicas, esto es, el Estado, la diputación o diputaciones que pudieran verse involucradas, así como los ayuntamientos que se puedan ver afectados, bien por su incorporación al área metropolitana, o bien por quedar fuera de ella con lo que ello podría suponer al perder la posibilidad de beneficiarse de la prestación de servicios que podrían beneficiar a su población –y también, por qué no, la economía del municipio al compartir los gastos con otros términos municipales.

En este sentido, el apartado 1 del ya referido artículo 43 recoge que son las Autonomías las que podrán crear, suprimir o modificar si se diese el caso, áreas metropolitanas siempre que así lo recojan los Estatutos de Autonomía. Precisamente es este artículo el que contiene la poca regulación existente de carácter básico. La regulación que recoge las normas básicas del área metropolitana es realmente breve, pues el legislador ha reservado exclusivamente un artículo que se reduce a tres apartados sencillos apartados. Ha obrado así, necesariamente por la obligación de respetar la autonomía de las Comunidades Autónomas, no pudiendo ir más allá de una mera regulación que perfile un proceso basilar que vendrá desarrollado en cada región según su legislación propia. Así pues, el proceso recogido es realmente sencillo y abreviado y, como ya se ha dicho se prevé tanto para la creación como para la supresión o la modificación de la persona jurídica.

Entre las exigencias contenidas en la Ley básica se dispone que el área metropolitana se creará por medio de la agrupación de municipios limítrofes que de manera fáctica conformen grandes aglomeraciones de población. Quizás, sea este el requisito lógico para la creación del área pues es la causa y

principal razón por la que se justifica la misma existencia de este tipo de entes locales. No es suficiente la incorporación de términos municipales si ello no conlleva la conformación de un gran núcleo poblacional. De la misma manera, en el caso de que este requisito desapareciese, bien por producirse un nuevo éxodo poblacional hacia otros lugares, lo que supondría un alivio en la exigencia de necesidades de coordinación a la hora de prestarse de servicios, o bien porque el éxodo se produjese internamente desde los municipios colindantes hacia la urbe para establecerse definitivamente en ella.

Pero, si bien el primero que hemos visto es el requisito que justificaría la constitución del área metropolitana, el requisito principal sería la exigencia de que entre los términos municipales afectados existan vínculos económicos y sociales que requiriesen de una previa coordinación para conseguir una adecuada prestación de los servicios públicos implantados, de tal guisa, que se cumpliría con las exigencias del artículo 3 de la Ley 40/2015². Debe de hacerse una reflexión al respecto de esta consideración y, es que hoy en día a estos municipios no les une tan sólo vínculos económicos, pues muchas veces los mismos han cedido en favor de otro tipo de variables como son los vínculos demográficos, laborales y hasta educacionales, culturales o deportivos. Algunas veces, los traslados poblacionales son puntuales en torno a eventos o a servicios de ámbito educativo, que exigen prestar un servicio educativo y, otro de transporte de viajeros regular.

En consecuencia, las variables manejadas por el legislador del 85 han quedado periclitadas por la multiplicación de necesidades de la población, lo que exigiría una actualización más de treinta años después. Del mismo modo, estos lazos son los que evidencian la necesidad de poner en común servicios públicos que se deberán de prestar en favor de los ciudadanos, que pendularmente circulen entre los términos municipales que servirían de base territorial para la creación del área metropolitana. Así mismo, la variación en alguna de estas variables justificaría una modificación en el área metropolitana, al alterarse las relaciones económico-sociales entre los distintos municipios que la componen; pudiendo llegar a hacer salir de ella alguno de los municipios fundadores, por no ser ya imprescindible su presencia en la misma.

El legislador nos recuerda que al tratarse de varios municipios los implicados es lógica una previa planificación de los servicios a implementar y, de las obras a desarrollar, así como decidir de manera conjunta el modo más ade-

² La Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público se exige que en el funcionamiento de todas las personas jurídicas del sector públicos se rijan por los principios de eficiencia y de eficacia a la hora de desarrollar e implementar los servicios requeridos. Las áreas metropolitanas no quedan fuera de estas precisiones, sino que se ven incorporadas a estos principios como cualquier otra administración.

cuado para llevarlas a cabo. Pese a ello, hay que recordar que la Ley 7/1985 remite la regulación de este tipo de entes locales a lo previsto en los instrumentos normativos autonómicos, ejercitados de acuerdo con las previsiones de los respectivos Estatutos de Autonomía en el marco del artículo 148.1.2.º de la CE. No obstante, la citada norma exige que en todo caso, a la hora de disciplinar esta persona jurídica pública se recogerá en la ley autonómica los órganos de gobierno y administración, en los que necesariamente estarán presentes todos los municipios que formen parte del área metropolitana creada.

No es la única exigencia, pues se debe de clarificar el modo en el que participarán todos y cada uno de los municipios que formen parte del área metropolitana, buscando y promoviendo que esta sea justa, equitativa e igualitaria no sólo en el desarrollo de las funciones, sino también –y, como no podía ser de otra manera– en la toma de las decisiones que se susciten en las reuniones del ente. Así mismo, tiene que incorporarse en la ley autonómica las directrices que regulen la vida del área metropolitana, el funcionamiento de la misma, lo que incluirá además el citado régimen de participación de los diversos municipios integrantes de este ente local. Contempla el legislador como un elemento de gran importancia sobre el que detenerse, la distribución de las cargas suscitadas por la actividad del área metropolitana (Parada Vázquez, 2015, 271).

Como es lógico, la puesta en funcionamiento de este ente local, como en cualquier otra situación, generará unos gastos que deben de ser sufragados por otra administración, pudiendo ser la Comunidad Autónoma creadora, la diputación o diputaciones afectadas o los municipios integrados en el área metropolitana. Tradicionalmente, la solución adoptada ha sido esta último, aportándose por cada uno de los municipios una cantidad económica proveniente de su presupuesto general anual que en su conjunto sumará el presupuesto total de la administración metropolitana.

Del mismo modo y como no podía ser de otra manera, en los estatutos del área metropolitana se incluirán la relación de las competencias y funciones que asumirá siendo estas generalmente servicios u obras de tipo urbanístico o equipacional. También se recogerán los procesos administrativos para su implementación, prestación y ejecución.

Como se ha visto en las experiencias creadas en nuestro país –hoy suprimidas– las variables que determinaban el grado de participación en los órganos decisorios de la administración metropolitana eran, por un lado, la aportación económica de cada corporación municipal al presupuesto del área metropolitana y, por otro, el nivel poblacional, lo que confrontaba a los diversos municipios al otorgar un poder mayor a los municipios más grandes en

perjuicio de los más pequeños cuya capacidad de influencia en las decisiones se minimizaba. Esta realidad fue la que determinó la supresión de las áreas metropolitanas como nos recuerdan diversos autores (vid. Parada Vázquez, 2015, 271) y, que derivó en su sustitución por otras tipologías de corporaciones como las mancomunidades o los consorcios, en las que se equilibran las fuerzas entre los diversos municipios conformantes.

2.1.1 LOS CASOS MÁS RECIENTES DE ÁREAS METROPOLITANAS EN ESPAÑA: VALENCIA, BARCELONA Y VIGO

Pese a la facilidad que dan el constituyente y el legislador básico, esta clase de administración ha caído en desgracia, desapareciendo prácticamente de la realidad jurídica de nuestro país. Una experiencia aislada fue la Ley 2/2001, de creación y gestión de áreas metropolitanas en la Comunidad Valenciana, por la que se promovía la creación de estas administraciones entre municipios de grandes aglomeraciones y otros más pequeños con los que existiesen vínculos económicos y sociales, como exige la Ley de Bases del Régimen Local. La lógica de esta norma era la de crear áreas metropolitanas en torno a los municipios declarados gran ciudad, al ejemplo del área metropolitana de la Horta Sud creada teniendo como ciudad-polo Valencia en el año 1978. Sin embargo, el éxito en la aplicación de esta norma fue nulo y, acabó derogada por la Ley 5/2013, de 23 de diciembre de la Comunidad Valenciana.

Si bien debe destacarse que no es un modelo que haya desaparecido totalmente de nuestro país (Parada Vázquez, 2015, 271), pues las áreas metropolitanas continúan existiendo como realidad jurídica de agrupación supramunicipal, teniendo dos ejemplos como son el supuesto catalán y el vigués.

El primero de ello se encuentra contenido en el artículo 93³ del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (Coscolluela Montaner, 2015, 279). Con base en esta previsión, encontramos el Área Metropolitana de Barcelona creada a través de la Ley 31/2010 del Área Metropolitana de Barcelona, aprobada por el Parlamento de Cataluña el 27 de julio de 2010 y que suprime la anterior entidad metropolitana creada en 1986.

Otra de las experiencias que culminó con la creación de una administración metropolitana fue el caso de la ría de Vigo que derivó en la creación del

³ Si bien la posibilidad de crear entes supramunicipales se recoge en el artículo 83 del Estatuto, la posibilidad concreta de crear áreas metropolitanas se recoge en el artículo 93. Si bien, el primer vincula la creación al deseo de unión y colaboración protagonizado por los municipios y no a la capacidad organizativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña del ámbito local.

Área Metropolitana de Vigo por medio de la Ley 4/2012, de 12 de abril, del Área Metropolitana de Vigo de la Comunidad Autónoma de Galicia. En la misma se agrupaba en torno a la ciudad-polo de Vigo a los 14 municipios situados en la Ría de Vigo, con lo que el criterio geográfico dominante fue el hecho de que el término municipal lindase en alguna de sus partes con el accidente natural.

No obstante el éxito que se tuvo con la creación jurídica de la corporación, su puesta en marcha no tuvo la misma acogida por parte de la Diputación de Pontevedra, como corporación que debía convocar el pleno constitutivo y, se resistió a hacerlo durante más de cuatro años, teniendo finalmente lugar el 1 de diciembre de 2016. Pero la entrada en funcionamiento no ha estado exenta de polémica, pues al poco tiempo de echar a rodar se suspendió de manera cautelar por Auto de 5 de abril de 2017 del Juzgado Contencioso Administrativo número 1 de Vigo⁴.

2.2 La experiencia italiana: las ciudades metropolitanas

Siguiendo el ejemplo de la Ley de Metrópolis francesa de 27 enero de 2014⁵, el Parlamento Italiano aprobó la Ley de 7 de abril de 2014, número 56, llamada Ley Delrio al tomar el nombre del Ministro promotor, Graziano Delrio. En ella, se recogió la regulación de los diversos entes locales como la provincia, las resultantes de la unión de municipios o de la fusión de los mismos, así como, de las ciudades metropolitanas (Tubertini, 2015, 417).

El hecho metropolitano sí ha tenido un gran éxito en el caso francés, cuyo modelo ha seguido y pretendido implantar Italia, como método para suprimir la provincia (Salvador Crespo; Ragone, 2011, 79 y Vandelli, 2014, 47) a la que sustituiría (Tubertini, 2015a, 485). El interés del legislador era dotar de una nueva regulación a las entidades locales existentes como la provincia y los municipios y crear otras que sustituyesen a la primera, en espera de su supresión en el título V de la Carta Constitucional (Tubertini, 2006, 40). Finalmente, la

⁴ El Área Metropolitana creó un plan de transporte para todos los municipios del área menos para la capital, dejando fuera a la ciudad de Vigo. Este hecho justificó un recurso por parte de la Xunta de Galicia contra el plan y que llevó como pedimento subsidiario la suspensión del funcionamiento de la Área Metropolitana que finalmente fue acordado por Auto del Juzgado n.º 1 de lo Contencioso-Administrativo de Vigo, quedando a la espera de recaer sentencia. A este respecto: ABC (06/04/2017), «La Justicia avala a la Xunta y paraliza el Área metropolitana de Vigo».

⁵ Se trata de la Ley n.º 2014-58 de 27 de enero de 2014 relativa a la modernización de la acción pública territorial y a la afirmación de las metrópolis (MAPTAM),

falta de apoyo popular en el referéndum al que se sometió hizo que las Provincias tuviesen que convivir las ciudades metropolitanas que se fueran creando.

El apartado 5 del artículo 1 de la Ley recoge la constitución de la ciudad metropolitana a fin de restar servicios a otras ciudades y términos municipales limítrofes o cercanos, las localidades de Turín, Milán, Venecia, Génova, Bolonia, Florencia, Bari, Nápoles y Reggio Calabria (Vandelli, 2014, 37). Hay que llamar la atención de que en este apartado no se incluye la capital italiana, aunque sí se extenderá los efectos de esta declaración y la regulación aplicativa (Vandelli, 2014, 38), pero con matizaciones habida cuenta las peculiaridades de la misma, empezando por el número de municipios afectados de 121 –sólo superado por Turín con 315 o Milán con 134– y el nivel poblacional con más de 4 millones de habitantes de los cuales la capital ya aporta casi 2.700.000 de habitantes.

El legislador recuerda que, en el caso de las Regiones de estatuto especial, serán ellas las que decidan a qué ciudades se les aplicaría esta Ley, además de las citadas de manera específica de la Ley (Vandelli, 2014, 38). En el caso de la región de Calabria la ciudad afectada es Reggio-Calabria, pero en el caso de Sicilia, se podría extender a otras ciudades como son Palermo, Catania, Messina o Cagliari. Lo mismo ocurriría con el Véneto que además de Venecia o en la región de Friuli-Venezia Giulia en la que se podría incluir a Trieste y a los 5 municipios con los que se tiene una estrecha relación. Esta previsión se extendió en el texto legislativo también a Cerdeña como región de estatuto especial, aunque no se señalaban las posibles zonas afectadas de una hipotética declaración de ciudad metropolitana.

El fin que se buscaba al crear esta institución era la de sustituir la Provincia, que se vería derogada con la reforma de la Constitución (Vandelli; Gardini; Tubertini, 2017, 59). Esta intención se deduce, por un lado, en el deseo plasmado en el artículo 1 apartado 5 al decir que está «en espera de la reforma del Título V de la Parte Segunda de la Constitución» y, por otro lado, al identificar en el apartado 6.º que el territorio de las ciudades metropolitanas que se constituían se identificaba con el de la provincia que pretendía sustituir (Vandelli, 2014, 46). Pese a ello, esto se vería matizado en el caso de las Regiones de Estatuto especial donde se podía reducir a ámbitos más pequeños, derogando esta previsión legal a través de las regulaciones regionales propias (Vandelli, 2014, 55). En este caso, nos encontramos con el supuesto de Venecia que permitiría crear otras ciudades metropolitanas además de la capital, como son Padua o Treviso dadas las características poblacionales y demográficas de estos dos territorios.

Conformadas las Ciudades Metropolitanas en torno a las principales ciudades del país, se adoptaron los estatutos de cada una de ellas en los que se establecieron la configuración de los representantes en el Consejo metropolitano, que en todo caso, le corresponderá al alcalde del municipio, aunque será cada uno de los estatutos de las ciudades metropolitanas el que establezca la concreta representación y, en manos de quién caerá. Así las cosas, se establecerán en el Estatuto las atribuciones competenciales que le corresponde a cada entidad metropolitana y, que asumen en el marco de dicho instrumento jurídico, que deberá de aprobar el Consejo de la Ciudad Metropolitana y, modificado o sustituido por acuerdo del mismo órgano.

Entre las competencias que le corresponderá al Consejo metropolitano se encuentra la aprobación de los estatutos, así como las modificaciones o derogaciones del mismo. De la misma manera, la aprobación de los reglamentos de organización y de los servicios que presta la propia ciudad metropolitana. Aprueba también los planes y los programas que pretenda desarrollar e implantar en el ámbito territorial al que extiende su competencia cada una de las ciudades constituidas. También corresponde al Consejo aprobar las bases del presupuesto de la ciudad metropolitana aunque su aprobación corresponda a la conferencia metropolitana.

Dentro de la actividad administrativa, le corresponde al Alcalde Metropolitano la adopción de cuantos actos administrativos sean necesarios para desarrollar las competencias de la ciudad metropolitana. También se atribuye al alcalde metropolitano la propuesta de las líneas básicas del presupuesto de la ciudad metropolitana que deberá aprobar el Consejo de la ciudad metropolitana.

De la misma manera, también le corresponde al alcalde metropolitano representar al ente metropolitano cuando sea preciso; así como, convocar y presidir el consejo y la conferencia metropolitano. Además, se deposita en sus manos, la posibilidad de dar impulso político a la actividad de este ente y, la posibilidad de presentar y desarrollar propuestas de actuaciones a desarrollar.

La implantación de las ciudades metropolitanas en Italia se ha realizado con el fin de sustituir el ente provincial por esta nueva realidad asociativa con la que se coordinarían servicios que *de facto* ya se prestan y benefician a parte del territorio provincial, sobre todo a los municipios más cercanos a la capital. A través de esta sustitución de un ente por otro, se pretendía beneficiar a la capital de la provincia que estaba desarrollando a sus expensas muchos de los servicios prestados y no obtenía ningún otro tipo de compensación, ni siquiera a nivel político.

Con estos cambios, se procedía a consolidar en manos del alcalde metropolitano y, por tanto, de la ciudad metropolitana la preponderancia del impulso polí-

tico y la posibilidad de tener una mayor iniciativa ya que era ella la que estaba desarrollando y asumiendo el coste del desarrollo de determinados servicios, de los que se estaba beneficiando la población de los términos limítrofes. Con esta previsión se consigue configurar una compensación y, crear una institución que se subrogase en la modificada provincia, aunque con voluntad de extinguirla.

A pesar de estar todo previsto, al final del camino esto último no pudo llevarse a cabo y, en la actualidad ambos entes locales coexisten, pero dándose en algunos casos duplicidad de competencias. Del mismo modo, y pese al interés del legislador italiano, no se ha dado una respuesta clara a qué en el caso de haberse suprimido las provincias, que ocurriría en los territorios en los que no se constituyesen las ciudades metropolitanas.

2.3 La República Federal Alemana

Tras la unificación alemana en el año 1989, las reformas en la Administración de la Federación han sido constantes (Grasse, 2001, 80)⁶, basadas en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Denninger, 1999, 8). De hecho, se dispone que el Ordenamiento constitucional de «cada singular *Land* debe ser conforme a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social en base a la Ley Fundamental» en su artículo 28.1 (Denninger, 1999, 8). La situación actual del organigrama político-administrativo alemán y, sobre todo en los grandes estados, se divide en cinco niveles, a saber: Estado federal, *Land* (*estado federado*), *Regierungsbezirk* (*región administrativa*), *Kreis* (*nivel provincial*) para finalizar en el municipio –*Stadt*–. En los *Länder* más pequeños podemos encontrar la falta del nivel relativo al *Regierungsbezirk*, llegando incluso a albergar los niveles de Federación y de *Stadt*, como sucede en el caso de las ciudades-estado (Schefold, 2013, 16).

Si algo resulta bastante característico y connotativo en la organización administrativa alemana es su variedad en las personas jurídicas (García Lozano, 2017, 322). La creación del mercado único europeo en 1992 ha llevado a la instauración de una competencia económica primero entre las propias regiones alemanas (Grasse, 2001, 79) y después con el resto de países. Tanto es así, que dicha competencia ha derivado en una mayor exigencia de igualdad entre las regiones (Grasse, 2001, 78) lo que ha derivado en que desde el año 1997 se venga defendiendo una profunda reforma del sistema administrativo alemán

⁶ Según el profesor GRASSE, Alemania occidental «no será unible al resto de la Federación lo que ha llevado a la aceptación de una situación de desigualdad y variedad.»

(García Lozano, 2017, 321). Sin embargo, la multiplicación orgánica ya relatada junto al crecimiento demográfico y, las nuevas relaciones con el sector privado ha deparado en los últimos años el cambio de la importancia de determinadas Administraciones federales (Scheffold, 2013, 16) y, la crisis actual que ha evidenciado las ineficacias económicas del sistema, ha desembocado en que esta reforma buscara una simplificación del organigrama público.

Finalmente, se adoptó una reforma basada en el desarrollo de niveles secundarios de autonomía como el *Kreis*, entendiéndolo como nivel intermedio entre el *Regierungsbezirk* y el municipio, dotándolo de una mayor condición de centro de autogobierno y de la Administración consiguiendo así acentuar la descentralización del *Land*, y disminuyendo la fortaleza de otras Administraciones del nivel superior como es el citado *Regierungsbezirk* (Scheffold, 2013, 21). A este respecto, se le han delegado importantes competencias como la policía, la coordinación de las autonomías y de los ayuntamientos (Scheffold, 2013, 22), que ha tenido consecuencias muy satisfactorias. No obstante, debe de recordarse que los procesos de privatizaciones en sectores de servicios tan diversos como el postal, el ferroviario o las telecomunicaciones han derivado en poner en poder de contratistas privados competencias que antes estaban en manos de los entes locales. Un proceso similar se siguió en otros ámbitos como la transformación de determinados órganos públicos en agencias como el Instituto Federal del Trabajo⁷, lo cual supuso otro ejemplo del descenso de la importancia de la Administración en determinados sectores sociales.

Y en este trayecto de idas y venidas de competencias, de intentos de fusión de municipios (García Lozano, 2017, 321), o de modificaciones a nivel provincial (García Lozano, 2019), ¿cómo queda el nivel metropolitano? Pues como se podrá imaginar, no ha quedado indemne a estas modificaciones y redistribuciones. Hay que partir de que, como en toda Europa, no todo el territorio alemán se ha vertebrado en áreas metropolitanas. Marcamos como inicio para este análisis los años 90 al ser el momento en el que cae el Muro de Berlín y, se fusionan las dos repúblicas alemanas para dar a lugar la actual República Federal Alemana. Territorios tradicionales como Schleswig-Holstein y Sarre nunca tuvieron áreas metropolitanas en su seno. De la misma manera, cuando se unió la República Democrática Alemana a la República Federal en 1990, sus territorios componentes⁸ no establecieron ningún distrito administrativo a

⁷ Anteriormente era un órgano perteneciente a la federación aunque descentralizado a niveles de los estados federados (*Länder*).

⁸ Brandeburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental y Turingia.

semejanza de otros estados federados, con lo que no se hizo innovación alguna a este respecto.

A diferencia de la situación que se daba en el norte y en el este de la república germana, en el resto de los territorios sí se había constituido hasta dicha década hasta 32 áreas metropolitanas distintas. Si bien, este momento histórico supuso el cénit de esta institución ya que con el cambio del siglo el número fue en descenso. En la actualidad hay constituidas 19 administraciones metropolitanas, siendo estas las siguientes: El Estado Baden-Württemberg tiene constituidos en su seno 4 distritos administrativos⁹ –Friburgo¹⁰, Karlsruhe¹¹, Stuttgart¹² y Tübingen¹³–; el Estado Baviera tiene constituidos 7 distritos administrativos –Alta Baviera, Baja Baviera, Alta Franconia, Franconia Media, Baja Franconia, Alto Palatinado y Suabia¹⁴–; el Estado Hesse tiene constituidas 3 áreas metropolitanas –Darmstadt, Gießen y Kassel–; el Estado Renania del Norte-Westfalia tiene constituidos 5 personas jurídicas –Arnsberg, Detmold, Dusseldorf, Colonia y Münster.

Pero como hemos dicho, ya desde el año 2000 se comenzó a desechar este modelo en algunas zonas, con lo que se decidió suprimirlo en favor del fortalecimiento del nivel provincial (*Kreis*) del que hablábamos anteriormente. En los siguientes países ya no hay división en distritos gubernamentales: en el Estado de Renania-Palatinado se suprimieron sus áreas metropolitanas en el año 2000¹⁵; en el Estado de Sajonia-Anhalt se suprimieron el área metropolitana en el año 2003¹⁶; en el Estado de Baja Sajonia se suprimieron las áreas metropolitanas en el año 2005¹⁷; en el Estado de Sajonia se suprimieron las áreas metropolitanas de manera definitiva en el año 2012¹⁸.

El camino iniciado hace casi 20 años ha ido paulatinamente acabando con la supresión de 13 áreas metropolitanas en 4 Estados, en favor de la descentralización hacia niveles inferiores como el provincial, o bien viéndose sustituidas por otras entidades como en el caso de Renania-Palatinado.

⁹ A este respecto, ver: REGIÓN DE BADEN: <https://www.landeskunde-baden-wuerttemberg.de/regierungsbezirke-bw.html>. Última Consulta. 05/08/2019.

¹⁰ Con una población de 2.190.000 habitantes y una superficie de 934.707 hectáreas.

¹¹ Con una población de 2.270.000 habitantes y una superficie de 691.907 hectáreas.

¹² Con una población de 4.070.000 habitantes y una superficie de 1.055.767 hectáreas.

¹³ Con una población de 1.820.000 habitantes y una superficie de 891.765 hectáreas.

¹⁴ A este respecto, ver: REGIÓN DEL ALTO PALATINADO: https://www.regierung.oberpfalz.bayern.de/english/upper_palatinate/adm_district/adm_district.php. Última Consulta. 05/08/2019.

¹⁵ Las tres áreas metropolitanas suprimidas eran las de Coblenza, Rheinessen-Palatinado y Tréveris.

¹⁶ Las tres áreas metropolitanas suprimidas eran las de Dessau, Halle y Magdeburgo.

¹⁷ Las tres áreas metropolitanas suprimidas eran las de Brunswick, Hannover, Luneburgo y Weser-Ems.

¹⁸ Las tres áreas metropolitanas suprimidas eran las de Chemnitz, Dresde y Leipzig. Inicialmente en el año 2008 se hizo una fusión de las 3, para finalmente acabar cuatro años después suprimiendo la entidad resultante.

3. CONCLUSIONES

Una vez hemos procedido a examinar la realidad regulativa de las áreas metropolitanas a nivel español, italiano y alemán, observamos el diverso tratamiento legal y politológico lo que cristaliza en las siguientes conclusiones que hemos extraídos:

Primera. La resurrección del área metropolitana como ente local a través de la cual canalizar la colaboración municipal en algunos países europeos, como se da en los casos francés o italiano, han puesto de relieve que España abandono de manera acelerada dicha idea que a día de hoy se resiste a desaparecer en los casos de Barcelona y Vigo, pero no sin problemas para su supervivencia.

Segundo. Pero la «caída en desgracia» de esta tipología de administración no es exclusiva de España, pues como se ha puesto de relieve, en Alemania se está procediendo a su paulatina supresión. No obstante, debe hacerse notar que en el supuesto germano, la razón es la superación de las necesidades y la sustitución del área por otro tipo de entidad, cosa que en nuestro país no se ha sucedido, quedando sin resolver las problemas que se suscitan.

Tercero. La realidad local europea pone de relieve que la conformación urbanística y, los traslados y éxodos demográficos en favor de ámbitos urbanos de grandes concentraciones, plantea una reconsideración en el modo de prestar los servicios recuperando modelos tradicionales en nuestro Derecho patrio, pero que se están inaugurando en otros estados como medidas implantadas con éxito.

Cuarto. Las áreas metropolitanas, según el diseño legal más común en Europa, institucionalizan un reconocimiento politológico en favor de la capital de la demarcación, dado que generalmente suele llevar la iniciativa y el desembolso económico es mayor habida cuenta la dimensión geográfica en la que implantar el servicio, el coste de la ejecución y la prestación y, el beneficio que aporta a otros municipios, que contribuyen en menor medida. Por ello, se le reconoce una posición preponderante que en el sistema fue rechazado por impopular.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COSCULLUELA MONTANER, L. (2016), *Derecho Administrativo. Organización administrativa*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.
- DENNINGER, E. (1999), *1998: Tendenze del Federalismo in Germania*, CLUEB, Bologna.

- GALERA VICTORIA, A. (2015), «La reforma del sector público, principios constitucionales y derechos sociales en un contexto de crisis económica» en Balaguer Callejón, F. (Coord.); Azpitarte Sánchez, M.; Guillén López, E.; Sánchez Barrilao, J. F. (Eds.), *The dimension of the public administration in the context of globalization: La dimensión de la administración pública en el contexto de la globalización*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 393-408.
- GARCÍA LOZANO, L. M. (2019), «El replanteamiento de la cuestión provincial en Europa. Estudio de los casos alemán, español, italiano, griego y francés», en *Revista Galega de Administración Pública*, n. 57, Santiago de Compostela (en prensa).
- (2017), «Remodelación de la Administración Municipal en Europa», en Pérez Miras, A., Teruel Lozano, G.; Raffiotta, E. C. (Dirs.), *Constitución e integración Europea. Forma Política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, Madrid, pp. 317-333.
- GRASSE, A. (2001), *Il sistema federale tedesco tra continuità e nuove dinamiche*, Editrice CLUEB, Bologna.
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2015), *Derecho Administrativo. Organización administrativa*, Open, Madrid.
- SALVADOR CRESPO, M. T.; RAGONE, S. (2011), «La supresión de la Provincia en Italia», en *Cuadernos de derecho local*, n. 27, pp. 77-90.
- SCHEFOLD, D. (2013), «Rechts vergleichende Beiträge in Zeiten der Finanzkrise», en *Deutsch-Italienische Studien*, n. 3, Bremen, pp. 5-22.
- TUBERTINI, C. (2015), «Le province», en Almeida Cerredá, M., Tubertini, C., Gonçalves, P. (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 417-456.
- (2015a), «Las reformas locales: el impacto de la Ley 56 de 2014 (Ley del Río) sobre el sistema local en Italia», en: García Rubio, F., *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, pp. 485-510.
- (2006), «Public Administration in the Light of the New Title V of the Italian Constitution», en *European public law*, Vol. 12, n. 1, pp. 35-44.
- VANDELLI, L. (2014), *Città metropolitane, province, unioni e fusioni di comuni. La Legge Delrio, 7 aprile 2014, n. 56 commentata comma per comma*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna.
- VANDELLI, L.; GARDINI, G., TUBERTINI, C., (2017), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Maggioli Editore, Rimini.

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**