

Il Volume raccoglie gli atti della intensa e proficua discussione in occasione del XXIV Convegno dell'Associazione dei Professori di diritto amministrativo italo-spagnoli su "Sanità, controlli, collaborazione e autonomie. Prospettive di riforma", svoltosi a Torino dal 23 al 25 maggio 2024. I Convegni delle sezioni italiana e spagnola dei professori di diritto amministrativo sono appuntamenti scientifici che dal 1966, a cadenza biennale, riuniscono studiosi dei due Paesi attorno ai temi centrali dell'evoluzione del diritto amministrativo. Il Convegno torinese del 2024 ha affrontato con grande autorevolezza le sfide poste dalle differenti crisi intervenute con analisi e proposte di nuove forme di collaborazione fra amministrazioni locali ed europee per la tutela della salute, con prospettive critiche e proposte di future riforme connesse anche alla trasformazione digitale.

Roberto Cavallo Perin è Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino;

Marcos Almeida Cerreda è Professore di Diritto Amministrativo presso l'Universidad de Santiago de Compostela;

Gabriella M. Racca è Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino.

euro 65,00



SANITÀ, CONTROLLI, COLLABORAZIONE E AUTONOMIE

ES



UNIVERSITÀ
DI TORINO

SANITÀ, CONTROLLI COLLABORAZIONE E AUTONOMIE

Prospettive di riforma

SANIDAD, CONTROLES COLABORACIÓN Y AUTONOMÍAS

Perspectivas de reforma

ATTI DEL XXIV CONVEGNO ITALO-SPAGNOLO
DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

in memoriam del Prof. Fabio Alberto Roversi Monaco

ALFREDO GALÁN GALÁN

GIUSEPPE PIPERATA

Direttori

ROBERTO CAVALLO PERIN

MARCOS ALMEIDA CERREDA

GABRIELLA M. RACCA

Curatori

TOMÀS FONT I LLOVET

FABIO ALBERTO ROVERSI MONACO

Presidenti

EDITORIALE SCIENTIFICA

Direttori

Giuseppe Piperata, Alfredo Galán Galán

Presidenti

Tomàs Font I Llovet, Fabio Alberto Roversi Monaco

SANITÀ, CONTROLLI, COLLABORAZIONE E AUTONOMIE

Prospettive di riforma

SANIDAD, CONTROLES, COLABORACIÓN Y AUTONOMÍAS

Perspectivas de reforma

ATTI DEL XXIV CONVEGNO ITALO-SPAGNOLO
DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

ACTAS DEL XXIV CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL
DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

in memoriam del Prof. Fabio Alberto Roversi Monaco

a cura di

ROBERTO CAVALLO PERIN, MARCOS ALMEIDA CERREDA,
GABRIELLA M. RACCA

Università degli Studi di Torino
23, 24 e 25 maggio 2024

Editoriale Scientifica
Napoli

Opera finanziata con il contributo dei Dipartimenti di Giurisprudenza e di Management "Valter Cantino" dell'Università degli Studi di Torino e della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA) di Bologna.

Si ringraziano Noelia Betetos Agrelo, Silvia Ponzio, Mara Demichelis, Francesco Gorgerino, Gloria Sdanganelli e Federica Gatto per la preziosa e solerte collaborazione.

Tutti i diritti sono riservati

© 2026 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN: 979-12-235-0674-5

INDICE

SALUTI DI APERTURA / SESIÓN DE APERTURA

FABIO A. ROVERSI MONACO	17
TOMÁS FONT I LLOVET	21
MARCO DUGATO	25
FRANCESCO MANGANARO	27
CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ	29

INTRODUZIONE / INTRODUCCIÓN

ROBERTO CAVALLO PERIN, <i>L'ad minus nell'amministrare pubblico</i>	35
1. <i>Il carattere della funzione amministrativa</i>	35
2. <i>Limiti di spesa pubblica e vincoli costituzionali</i>	36
3. <i>Sanità europea come sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri</i>	37
4. <i>Comuni e Città nell'assetto costituzionale dell'Unione europea e degli Stati</i>	38
5. <i>Controllo e cooperazione delle amministrazioni pubbliche</i>	39
MARIA ALESSANDRA SANDULLI	41

PRIMA SESSIONE / PRIMERA SESIÓN

MARCELLA GOLA, <i>La Sanità: modelli organizzativi e attività</i> <i>La Sanidad: modelos organizativos y actuaciones administrativas</i>	49

RELAZIONI / PONENCIAS

NICOLA AICARDI, <i>Il servizio pubblico di assistenza sanitaria: dalla concorrenza aperta alla programmazione.</i>	
<i>Il ruolo degli operatori privati e la parità di trattamento</i>	57
1. <i>Introduzione: il diritto all'assistenza sanitaria nella Costituzione; l'istituzione del servizio sanitario nazionale e la sua attuale imputazione alle Regioni</i>	57
2. <i>La libertà di scelta degli utenti e le ragioni a sostegno di un modello organizzativo pluralistico del servizio pubblico, aperto anche agli operatori privati</i>	60
3. <i>Un modello organizzativo irrealizzato del servizio pubblico: il sistema "aperto" concepito nei primi anni Novanta</i>	61
4. <i>La programmazione pubblica e il ruolo (complementare) degli operatori privati nel vigente modello organizzativo del servizio pubblico c.d. delle "tre A"</i>	63
5. <i>La convalida del modello organizzativo programmato del servizio pubblico da parte della giurisprudenza</i>	66
6. <i>La parità di accesso e i criteri di selezione degli operatori privati nel modello organizzativo programmato del servizio pubblico</i>	68

CÉSAR CIERCO SEIRA, <i>El Derecho Sanitario español: después de la pandemia</i>	73
1. <i>¿Qué habría de representar, en el ideal, la pandemia del coronavirus en orden a la evolución del derecho sanitario en España?</i>	73
2. <i>El rastro de la pandemia del coronavirus en la renovación del marco normativo y de la estructura institucional para hacer frente a las amenazas de salud pública</i>	75
3. <i>La oportunidad para revisar algunos problemas estructurales del sistema nacional de salud que se han agravado</i>	87
3.1. <i>Los profesionales sanitarios</i>	88
3.2. <i>La digitalización sanitaria y la eclosión de los datos de salud</i>	92
3.3. <i>El modelo de gestión sanitaria pública: el blindaje de la gestión directa</i>	96
4. <i>Final</i>	99
ALESSANDRA PIOGGIA, <i>La "territorializzazione" della sanità in Italia</i>	105
1. <i>Una "nuova" territorializzazione</i>	105
2. <i>La sanità territoriale nel primo impianto del Servizio sanitario nazionale</i>	107
3. <i>Il progressivo declino della dimensione territoriale nella seconda riforma del sistema sanitario</i>	109
4. <i>Un territorio impoverito di fronte a nuovi bisogni</i>	113
5. <i>La sanità territoriale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i>	115
6. <i>I pericoli di un investimento solo "produttivo" sulla sanità territoriale</i>	116
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, <i>Hacia un nuevo enfoque de la prestación de salud desde una moderna contratación pública inteligente alineada con la buena administración</i>	123
1. <i>Introducción. El contexto como necesario parámetro de reflexión</i>	123
2. <i>Por nueva cultura de la contratación pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio</i>	127
3. <i>Una nueva organización de la sanidad desde un enfoque moderno de contratación pública</i>	130
4. <i>Propuestas para un nuevo y moderno modelo de adquisición de prestaciones en salud alineadas con la buena administración</i>	138
5. <i>Reflexiones propositivas a modo de conclusiones</i>	142
GABRIELLA M. RACCA, <i>La sanità digitale e i nuovi modelli organizzativi per la qualità del servizio mediante il procurement</i>	147
1. <i>L'evoluzione digitale per l'interoperabilità e l'accessibilità allo spazio europeo dei dati sanitari</i>	147
2. <i>L'evoluzione della funzione appalti in sanità: dal singolo ospedale acquirente ai network europei di joint cross-border procurement</i>	153
3. <i>Il ruolo delle piattaforme per la qualità degli acquisti e delle prestazioni in sanità</i>	159
MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ, <i>El nuevo enfoque integral de la salud pública en la Unión Europea. Un apunte en política ambiental y seguridad alimentaria</i>	165
1. <i>Objetivo global: Mejor salud pública en la Unión Europea</i>	165
2. <i>¿Qué competencias tiene la Unión Europea en materia de salud? La respuesta de la UE a través de su Estrategia en Salud Pública de 2022</i>	168

3. <i>La política ambiental: Salud Ambiental</i>	169
4. <i>Política de seguridad alimentaria: resistencia antimicrobiana, obesidad y desperdicios alimentarios</i>	173
4.1. <i>La resistencia a los antimicrobianos (RAM)</i>	174
4.2. <i>El problema de la obesidad</i>	178
4.3. <i>El tratamiento del desperdicio de alimentos, alimentos caducados y donación de alimentos</i>	179
5. <i>Conclusión</i>	182

SECONDA SESSIONE / SEGUNDA SESIÓN

GIUSEPPE MORBIDELLI, <i>I Controlli e la Collaborazione tra Istituzioni</i>	187

RELAZIONI / PONENCIAS

SUSANA DE LA SIERRA MORÓN, <i>Controles y colaboración entre instituciones: las transformaciones de la justicia administrativa</i>	195
1. <i>Introduzione</i>	195
2. <i>La riforma spagnola del ricorso amministrativo per cassazione come sintomo</i>	196
2.1. <i>Premessa: il ricorso amministrativo per cassazione in Spagna</i>	196
2.2. <i>Il contesto della riforma</i>	199
3. <i>Le corti di vertice e la collaborazione con altri organi giudiziari e non giudiziari</i>	202
3.1. <i>Una corte con ampi poteri</i>	202
3.2. <i>Autorità indipendenti e magistratura: un'ampia teoria del controllo</i>	206
4. <i>La rinnovata figura del giudice e la sua posizione istituzionale</i>	211
MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, <i>I controlli e la collaborazione tra istituzioni nei fondi UE 2021/2027 e nel PNRR</i>	217
1. <i>Introduzione e stato dell'arte</i>	217
2. <i>La garanzia degli interessi finanziari dell'UE nel regolamento 241/2021</i>	222
3. <i>Brevi note sui programmi di finanziamento, sul sistema dei controlli e delle responsabilità sulla collaborazione tra istituzioni</i>	223
3.1. <i>Segue. I controlli</i>	224
3.2. <i>Segue. I controlli e la collaborazione di e tra altre Autorità</i>	226
4. <i>Il complicato sistema dei controlli PNRR</i>	227
5. <i>La collaborazione e le competenze</i>	228
6. <i>Riflessioni conclusive</i>	230
MARTÍN M. RAZQUIN LIZARRAGA, <i>Los controles sobre los sistemas de IA: la gobernanza – AI systems control: governance</i>	233
1. <i>Introducción. Protección de datos personales y cooperación</i>	233
2. <i>Las autoridades de control en el RIA: reparto competencial y cooperación</i>	236
3. <i>Autoridades de control sobre IA de la unión europea</i>	238
3.1. <i>Comisión europea: la oficina de IA</i>	238
3.1.1. <i>Competencias de ejercicio directo</i>	238

3.1.2. Competencias de ejercicio por medio de la Oficina de IA	240
3.2. Comité europeo de inteligencia artificial	242
3.2.1. Caracteres	242
3.2.2. Composición y organización	242
3.2.3. Funciones	243
3.3. Foro consultivo	244
3.4. Grupo de expertos científicos	245
4. El supervisor europeo de protección de datos: modelo unificado	245
5. Autoridades nacionales sobre IA	247
5.1. Autoridades sectoriales y modelo dual de autoridades nacionales	247
5.2. Configuración y características generales de las autoridades nacionales	249
5.3. Autoridad nacional de vigilancia del mercado	250
5.3.1. Libertad de elección de modelo de autoridad de vigilancia del mercado	250
5.3.2. Competencias de la autoridad de vigilancia del mercado	251
5.3.3. Poderes de la autoridad de vigilancia del mercado	252
5.4. Autoridades notificantes	252
5.4.1. Introducción: la evaluación de conformidad	252
5.4.2. Autoridad notificante	254
5.4.3. Organismos notificados	255
5.5. El caso español: la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA)	256
5.5.1. Concepción y enfoque de la AESIA	258
5.5.2. Funciones	259
5.5.3. Dotación de recursos financieros y humanos	260
6. Las autoridades en materia de protección de datos	260
6.1. Autoridades de protección de datos de la UE	260
6.1.1. Competencias de la Comisión Europea	261
6.1.2. Comité Europeo de Protección de Datos	261
6.1.2.1. Composición y organización	262
6.1.2.2. Competencias	262
6.2. Autoridades nacionales de protección de datos.	
La Agencia Española de Protección de Datos	264
6.2.1. El modelo de autoridad nacional de protección de datos en el RGPD	264
6.2.2. Competencias atribuidas por el RIA a las autoridades de protección de datos	265
6.2.3. La Agencia Española de Protección de Datos	266
7. Otras autoridades que inciden en los sistemas de IA.	
Servicios y mercados digitales	267
8. Conclusiones	268

MARINA D'ORSOGNA, <i>I controlli amministrativi: riforme senza cambiamento o cambiamento senza riforme? Spunti di riflessione di una evoluzione tra risultato, legalità finanziaria e co-amministrazione</i>	273
1. Introduzione: il controllo come riflesso del disegno costituzionale e la dialettica tra sostenibilità e diritti	273
2. L'evoluzione del sistema dei controlli nel prisma delle riforme amministrative: la transizione verso l'interesse-risultato e il "Valore Pubblico"	276
3. Le premesse del nuovo cambiamento: aporie del sistema e spinte riformatrici	283
4. L'architettura dei controlli interni: la "pulsione pianificatoria" e l'integrazione incompiuta del P.I.A.O.	285
5. La riespansione del controllo preventivo: nodi irrisolti, crisi decisionale e profili di legalità finanziaria	289
6. La trasformazione delle funzioni della Corte dei conti: il nuovo controllo preventivo "a chiamata" e la definitiva marginalizzazione del controllo concomitante	291
7. Conclusioni: verso una nuova ontologia del controllo tra risultato, algoritmi e garanzia	297
LOREDANA GIANI, <i>Funzione amministrativa e appropriatezza: razionalità, risultato e responsabilità</i>	301
1. Dal paradigma dell'atto alla crisi della funzione amministrativa	302
2. Governance multilivello e trasformazioni della discrezionalità	304
3. Oltre l'amministrazione per atti: risultato e legalità sostanziale	307
4. Appropriatezza come canone della razionalità amministrativa	309
5. Razionalità amministrativa tra legalità e appropriatezza	313
6. Risultato, controlli e sostenibilità nel PNRR	316
7. Accrual accounting e rappresentazione dell'azione amministrativa	318
7.1. Il controllo concomitante tra prevenzione e responsabilità	321
8. Scudo erariale, colpa grave e trasformazioni della responsabilità	323
9. Appropriatezza, responsabilità e legittimazione democratica	329

TERZA SESSIONE / TERCERA SESIÓN

Autonomie: prospettive di riforme locali ed europee Autonomías: perspectivas de reforma local y europea
Ricordo di amici e colleghi / recuerdo de amigos y colegas:
Antonio Carullo, Carla Barbati, Claudio Franchini,
Rafael Entrena Cuesta, Alejandro Nieto

GIUSEPPE PIPERATA, <i>Antonio Carullo, Claudio Franchini e Carla Barbati: un ricordo</i>	333
JOSÉ ESTEVE PARDO, <i>Nos dejaron poco antes del congreso de Torino: Alejandro Nieto y Rafael Entrena</i>	341
MARIA IMMORDINO	343

RELAZIONI / PONENCIAS

EMANUELE BOSCOLO, <i>Nuove geografie amministrative: le città metropolitane dopo dieci anni dall'istituzione</i>	349
1. <i>Un decennio dalla legge Del Rio: rottura dell'uniformismo e questioni aperte</i>	349
2. <i>Il lungo percorso verso la città metropolitana</i>	355
3. <i>La legge (ante e post fallimento della riforma costituzionale)</i>	360
4. <i>Il disegno organizzativo e gli interventi della Corte costituzionale</i>	362
5. <i>Finalità generali e funzioni: il ruolo della Città metropolitana quale ente a competenze definite, orientate allo sviluppo</i>	369
6. <i>Il Piano strategico e le forme di esercizio delle funzioni</i>	373
7. <i>I piani territoriali metropolitani: strumenti adattivi e laboratori di sperimentazioni perequativo-concertative</i>	377
ALFREDO GALÁN GALÁN, <i>Presente y futuro de las diputaciones provinciales en España</i>	387
1. <i>El bicentenario de las diputaciones provinciales</i>	387
2. <i>Los debates tradicionales en relación con la diputación provincial</i>	388
2.1. <i>El debate sobre la existencia de la diputación provincial</i>	388
2.2. <i>El debate sobre el modelo de diputación provincial</i>	390
2.2.1. <i>El tipo de competencia que debe atribuirse a la diputación provincial</i>	391
2.2.2. <i>El tipo de legitimación que debe reconocerse a la diputación provincial</i>	393
2.2.3. <i>Algunas consideraciones finales en relación con el modelo de diputación provincial</i>	395
FULVIO CORTESE, <i>Che cosa succede in città?</i>	397
1. <i>Una nuova disciplina e un decennio (e oltre) di (persistenti) interrogativi</i>	397
2. <i>Un dibattito articolato e una nutrita letteratura</i>	400
3. <i>Profili (e problemi) comuni e disarmonie</i>	408
4. <i>Quali città?</i>	413
MARCOS ALMEIDA CERREDA, <i>El reto de articular el principio de diferenciación en el nivel municipal</i>	417
1. <i>Introducción</i>	417
2. <i>¿Cuáles son los municipios que demandan, con mayor urgencia, la aplicación del principio de diferenciación?</i>	421
3. <i>¿Cuáles son los mandatos que habrían de inspirar la reforma normativa del régimen local para actuar de forma óptima el principio de diferenciación?</i>	423
4. <i>¿Cuáles son los principales ámbitos en los que debe jugar el principio de diferenciación?</i>	424
4.1. <i>Disposiciones relacionadas con la organización administrativa: hacia un reforzamiento del órgano monocrático</i>	424
4.2. <i>Disposiciones relacionadas con el funcionamiento de los órganos municipales</i>	426
4.2.1. <i>La adaptación de las reglas procedimentales básicas a seguir en los pequeños municipios</i>	426

4.2.2. <i>La simplificación de las reglas procedimentales a seguir por los pequeños municipios en diversos sectores de su actividad</i>	427
4.2.2.1. <i>La simplificación de los procedimientos de carácter económico: presupuestarios, contables y de control</i>	427
4.2.2.2. <i>La flexibilización de las reglas en materia de contratos públicos</i>	428
4.3. <i>Disposiciones relacionadas con la adecuación entre las competencias atribuidas a los pequeños municipios y su efectiva capacidad de gestión</i>	429
4.4. <i>Disposiciones referidas a la prestación de servicios por los pequeños municipios</i>	431
4.4.1. <i>La dispensa de la prestación de servicios obligatorios</i>	431
4.4.2. <i>La ampliación de los sistemas de gestión conjunta de los servicios públicos municipales</i>	432
4.5. <i>Disposiciones referidas a las relaciones interadministrativas</i>	433
5. <i>Epilogo</i>	433
MAURO RENNA, <i>Il concetto di autonomia locale e la Carta europea dell'autonomia locale</i>	435
1. <i>Autonomie locali. Interesse e rilevanza del tema</i>	435
2. <i>Le basi costituzionali dell'autonomia locale</i>	436
2.1. <i>Principio autonomistico quale espressione del fondamento personalista della Costituzione</i>	436
2.2. <i>Le nobili origini: l'ordine del giorno Dossetti. La relazionalità intrinseca della persona umana</i>	437
2.3. <i>Famiglia e comune sono formazioni sociali originarie</i>	438
2.4. <i>Il comune quale centro della vitalità democratica della Repubblica e della sussidiarietà orizzontale</i>	439
3. <i>La Carta europea dell'autonomia locale</i>	440
3.1. <i>Adozione e ratifica della Carta</i>	440
3.2. <i>Ragioni di fondo. Concetto di autonomia sposato dalla Carta</i>	440
3.3. <i>Giuridicità e vincolatività</i>	441
3.4. <i>Principi sull'allocazione delle funzioni</i>	444
4. <i>Unicità e responsabilità dell'amministrazione</i>	445
4.1. <i>La precisazione delle funzioni degli enti locali alla luce di sussidiarietà e adeguatezza</i>	445
4.2. <i>Gli antagonisti "buoni" della sussidiarietà: unicità e responsabilità dell'amministrazione</i>	446
4.3. <i>Le fonti del principio di unicità-responsabilità: Costituzione, Schema e Carta europea</i>	447
4.4. <i>La crisi delle Regioni e il percorso per l'autonomia differenziata</i>	448
4.5. <i>La revisione complessiva dell'assetto delle autonomie locali equilibra e completa il tentativo di rilancio delle Regioni</i>	449
RICARDO RIVERO ORTEGA, <i>Origen y sentido de la autonomía local en Europa</i>	453
1. <i>El origen europeo de las primeras leyes municipales. Sentido del autogobierno local en el Derecho romano y otras raíces europeas</i>	453

2. Los primeros municipios españoles. El Fuero de Brañosera y las ventajas económicas	455
3. Evolución de la autonomía local en Europa: su conveniencia para el reforzamiento del aparato estatal	456
4. Las competencias locales de promoción del desarrollo económico, vivienda o inmigración	459
5. Necesidad de actualización de la Carta Europea de la Autonomía local y la incorporación de los gobiernos locales a los futuros tratados europeos	461
CONCLUSIONI / CONCLUSIONES	
LUIS MARTÍN REBOLLO, <i>Le prospettive del Diritto Amministrativo</i>	469
DARIA DE PRETIS	481
INTERVENTI PROGRAMMATI / COMUNICACIONES Y DEBATE	
ANGEL-MANUEL MORENO, <i>El papel de la Carta Europea de Autonomía Local en los procesos de reforma territorial y local: experiencias recientes</i>	487
1. Introducción	487
2. Experiencias recientes de reorganizaciones territoriales en Europa	488
2.1. El caso de las regiones francesas	488
2.1.1. Noticia sumaria de la reforma	488
2.1.2. El papel del art. 5 de la Carta en el foro interno	489
2.1.3. Reacción del Congreso de Poderes Locales y Regionales	490
2.2. El caso de la reforma local en Letonia	492
2.2.1. Alcance de la reforma	492
2.2.2. El peso de la Carta en el foro interno	493
2.2.3. La actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales	495
2.3. La reforma de la planta local en Chipre: las fusiones obligatorias de entes locales	497
2.3.1. Exposición de la reforma	497
2.3.2. La consulta de los entes locales, el papel de la Carta y la actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales	498
2.3.3. Desarrollos forenses	502
3. Conclusiones	502
ANNA ROMEO, VITTORIA BERLINGÒ, <i>Servizi sanitari, telemedicina e medicina di prossimità</i>	505
1. Il sistema sanitario e le nuove sfide dell'innovazione.	505
2. La transizione digitale in sanità: la frontiera della telemedicina	507
3. I servizi di telemedicina e di medicina di prossimità quale strumento per un sistema sanitario euro-mediterraneo	510
4. Conclusioni	513
LUIS MIGUEZ MACHO, ANDREA GARRIDO JUNCAL, <i>El control de las situaciones de conflicto de intereses en la ejecución de actuaciones financiadas por el MRR</i>	515
1. Introducción	515

2. <i>La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia</i>	516
2.1. <i>Objeto y finalidad de la Orden HFP/1030/2021</i>	516
2.2. <i>La definición de conflicto de intereses del Reglamento Financiero de la UE y su desarrollo en la Orden HFP/1030/2021</i>	517
2.3. <i>Las medidas relacionadas con la prevención de conflictos de intereses</i>	520
2.4. <i>Las Declaraciones de ausencia de conflicto de intereses (DACI) como instrumento para garantizar el principio de imparcialidad</i>	521
3. <i>La Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia</i>	524
3.1. <i>Objeto y finalidad de la Orden HFP/55/2023</i>	524
3.2. <i>Las reticencias del Gobierno Vasco como muestra de malestar</i>	526
4. <i>Conclusiones</i>	527
SILVIA PONZIO, GLORIA SDANGANELLI, <i>L'evoluzione digitale della funzione appalti in sanità e la gestione del rischio per la qualità e l'innovazione</i>	529
1. <i>Le strategie di aggregazione e digitalizzazione della funzione appalti in sanità</i>	529
2. <i>Le innovazioni nei modelli e strumenti contrattuali per la qualità nel ciclo di vita digitale dell'appalto</i>	534
3. <i>I contratti pubblici per l'assicurazione del rischio clinico</i>	538
4. <i>Le criticità dell'intermediazione assicurativa in sanità</i>	545
CLAUDIA TUBERTINI, <i>Riflessioni sparse sull'attuazione dello Stato delle autonomie, tra leale collaborazione e controlli</i>	551
1. <i>La collaborazione come conditio sine qua non dello Stato delle autonomie</i>	551
2. <i>La leale collaborazione nei momenti di emergenza-urgenza: l'effetto distorsivo del PNRR</i>	555
3. <i>Qualche riflessione de iure condendo sui meccanismi della leale collaborazione</i>	558
CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ, <i>Las sanciones interadministrativas en España e Italia: convenientes ma non troppo</i>	563
1. <i>Introducción: la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas</i>	563
2. <i>Las sanciones administrativas a las personas jurídico-públicas</i>	564
2.1. <i>Previsiones legales sobre la posibilidad de que una Administración sancione a otra</i>	565
2.2. <i>Admisión jurisprudencial generalizada de las sanciones interadministrativas</i>	567
2.3. <i>La necesidad de distinguir si las sanciones administrativas se imponen a una Administración en sentido estricto o a una persona jurídico-privada que forma parte del sector público</i>	567
2.4. <i>También hay que distinguir si las sanciones administrativas se imponen a la Administración Pública cuando actúa como un particular o como poder público</i>	568
3. <i>Las ventajas que ofrecen las sanciones interadministrativas</i>	571
4. <i>Los problemas que suscitan las sanciones interadministrativas</i>	572
5. <i>Conclusiones</i>	575

TERESA MARÍA NAVARRO CABALLERO, <i>La ineludible colaboración interadministrativa en los procedimientos en materia de reutilización de aguas</i>	579
1. Introducción. Riesgo, salud y corresponsabilidad	579
2. Una consolidada regulación nacional que ha dado cobertura a una larga trayectoria de colaboración interadministrativa. El informe previo de la autoridad sanitaria	580
3. El control ex post. La indeterminación persiste en el nuevo régimen jurídico y la exigencia de coordinación administrativa aumenta	583
4. Régimen sancionador: ¿Quién sanciona el incumplimiento?	585
NOELIA BETETOS AGRELO, <i>¿Ha llegado la hora de concluir el proceso de ratificación del Protocolo Adicional a la CEAL sobre el derecho a participar en los asuntos de las autoridades locales?</i>	589
1. Introducción	589
2. El Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local	590
2.1. Los mecanismos previstos en el Ordenamiento jurídico español para hacer efectivo el derecho a participar en los asuntos locales	591
2.2. Las recomendaciones del Comité de Seguimiento del Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa al Reino de España	595
3. El inconcluso proceso de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local	597
PAULA GAMALLO CARBALLUDE, <i>La integración de los recursos urbanos desde la perspectiva de la planificación del paisaje como factor determinante de la salud</i>	601
1. El paisaje en España como bien jurídico protegido	601
1.1. Introducción	601
1.2. La aportación jurisprudencial y el concepto antropocéntrico	602
2. La planificación del paisaje entorno al derecho a la salud	605
2.1. El paisaje multifuncional	605
2.2. La correlación entre el marco rural y urbano entorno al derecho a la ciudad	605
2.3. La necesidad de una política medioambiental de carácter local	607
3. Conclusiones	608
PURIFICACIÓN RUBIO BRAVO, <i>La reutilización del agua residual como agua potable</i>	613
1. Introducción: marco conceptual y teórico	613
2. El consumo humano directo en el ordenamiento jurídico español	615
3. El consumo humano indirecto en el ordenamiento jurídico español	616
4. Un vistazo al panorama mundial	618
5. Conclusiones	620
Notizie sugli Autori	623

SALUTI DI APERTURA / SESIÓN DE APERTURA

Sono molto lieto di dare il benvenuto a tutti voi nel Convegno della nostra associazione, che è il ventiquattresimo.

Ringrazio particolarmente il Presidente della Sezione spagnola e i Colleghi tutti che hanno condiviso i temi sui quali discutere. Ringrazio altresì i professori Gabriella Racca e Roberto Cavallo Perin per aver assunto le iniziative di ospitalità verso la prestigiosa sede dell'Università di Torino e, infine, saluto con grande amicizia tutti Colleghi spagnoli e italiani che hanno deciso di partecipare ai lavori, confermando la vitalità della nostra associazione e l'importanza delle sue iniziative.

I temi sono accumulati da un tratto caratterizzante, che è rappresentato dalla loro inerenza a un valore essenziale negli ordinamenti democratici, particolarmente in questo momento storico.

Il valore al quale mi riferisco è la coesione, intesa come essenza delle condizioni per la qualità etica nelle collettività; la coesione è una vera e propria sintesi giuridica dei vari fattori che devono convergere per il benessere dei cittadini nella democrazia. Ritengo particolarmente importante il riferimento alla coesione contenuto nell'articolo 36 della Carta Dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che afferma che al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi di interesse economico generale, quale prevista dalla legislazione e prassi nazionali conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea.

La coesione economica, sociale e territoriale è un valore alla cui soddisfazione devono concorrere i livelli istituzionali e, per parte loro, i cittadini. Ho detto sopra che intendo la coesione come sintesi etica ma anche giuridica della combinazione tra libertà, bilanciamento degli interessi, coesistenza civile e prospettive di benessere e miglioramento.

In questa dimensione, gli aspetti che sono oggetto di questo Convegno rappresentano alcuni tra i principali fattori che possono permettere la coesione sociale, economica e territoriale.

Desidero partire dalla sanità: a questo riguardo è importante sottolineare la recente modifica intervenuta rispetto all'art. 41 della Costituzione, che ha inserito la salute tra i fattori che devono essere considerati nei programmi e controlli verso le attività economiche e questo per la loro compatibilità con le finalità sociali. L'art. 41 Cost. viene qui riprodotto, ma in particolare sottolinea che l'iniziativa economica privata è libera,

che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in modo di recare danno alla salute e, più oltre, la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.

Il dato importante è che la disposizione sottolinea l'esigenza imprescindibile di una considerazione complessiva e fattori sottesi nel momento in cui devono essere assunte le decisioni circa gli interventi sul territorio ed economici in genere. Tendiamo a dire che si passa quindi da una visione parcellizzata di tutela ad una visione globale e sistematica di tutela. Per la sanità è anche importante l'organizzazione pubblica per la *governance* delle attività sanitarie. E come non mai è vero che non rileva il gestore pubblico o privato che rende le prestazioni, ma rileva che un può mai mancare la regolazione pubblica, perché non sono solo in gioco semplici interessi degli individui, di per sé rilevanti ma non assorbenti, ma sono in gioco interessi pubblici della collettività. Parlare di preferenza per la gestione pubblica o per la gestione privata rappresenta un'affermazione che può anche essere fuorviante; dobbiamo concentrare quindi la nostra attenzione sui modi e le misure per la regolazione pubblica del settore e della materia.

Nel caso della sanità, è vero che le modalità organizzative del servizio pubblico hanno un rilievo centrale perché l'organizzazione serve a migliorare le prestazioni e si deve ricercare quella che è l'organizzazione migliore per garantire i risultati. Del resto, la giurisprudenza amministrativa italiana ha ben dimostrato che gli stessi atti di accreditamento dei privati sono atti amministrativi di concessione.

Passo poi alle autonomie locali e voglio ricordare che la prima legge nazionale sull'Unità d'Italia era appunto dedicata all'ordinamento dei comuni e delle province: l'allegato A della legge del marzo 1865, contenente le leggi amministrative di unificazione, ricomprendeva anche le leggi basilari per la convivenza nella Nazione e in vari allegati della legge del 1865, oltre alle norme su comuni e province, erano contenute norme sulla sicurezza pubblica, sulla sanità pubblica, sui lavori pubblici, sulla tutela giurisdizionale dei confronti della pubblica amministrazione e, infine, sugli organi consultivi del Governo. Non c'è dubbio che, in periodi successivi, non si è mai arrivati ad una completezza come quella che allora si riuscì ad ottenere.

Dunque, in effetti, un regime unitario e sistematico di comuni province – visto come l'attore di unificazione per fornire a tutte le collettività locali eguali condizioni e possibilità di benessere e di sviluppo – è un punto fondamentale.

Le stesse considerazioni si possono ripetere oggi e, dunque, è urgente e necessaria l'approvazione di una legge organica unitaria e coerente su comuni, province e città metropolitane come condizioni imprescindibili per rinsaldare il nostro ordinamento in senso democratico e di valorizzazione delle autonomie locali; il che vuol dire che devono cessare gli interventi stralcio, le norme occasionali, le disposizioni frammentarie sotto la spinta di alcune contingenze ed esigenze.

Il decreto legislativo 18 agosto 2000, Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali, ha rappresentato un apporto significativo e qui veramente mi fa piacere ricordare l'opera svolta dal Professore Augusto Barbera nella sua veste – in questo caso – di coordinatore della Commissione di elaborazione del Testo Unico.

Tuttavia, dopo venticinque anni, a causa di numerosissime modifiche ed integrazioni intervenute nel corso del tempo, il Testo Unico ha bisogno di una revisione per aggiornarlo alla realtà odierna e per recepire pienamente le riforme costituzionali successivamente intervenute.

Passo, infine, all'ultimo fra i tre temi considerati e per questo vorrei fornire una breve spiegazione sulla scelta di accomunare due istituti: i controlli dell'ordinamento amministrativo e le collaborazioni istituzionali.

La ragione di questo abbinamento è duplice, una prima è di carattere evolutivo e la seconda è di carattere contingente.

Quella di carattere evolutivo consiste nel fatto che oggi giorno amministrare è soprattutto coordinare e bilanciare gli interessi in gioco. Non esiste un solo generico interesse pubblico che l'amministrazione sia di volta in volta titolare di individuare, di interpretare. Esiste invece una pluralità di interessi pubblici che, assieme agli interessi privati, vanno coordinati e temperati: questa circostanza richiede controlli che siano anche in funzione di garanzie nel virtuoso progetto di ponderazione dei vari interessi; non un controllo formalistico burocratico in definitiva, ma attenzione al risultato utile, senza aprioristiche preclusioni.

La seconda ragione è di carattere contingente: l'abbinamento fra controlli e collaborazione è dato dalla circostanza che sempre più spesso le istituzioni e le amministrazioni pubbliche si sono poste non in una dimensione di collaborazione, ma in una dimensione di antagonismo e di diffidenza. Questo dato deve essere superato e rinvento le ragioni nella stessa Costituzione Repubblicana che, nella parte dedicata agli organi ausiliari del Governo, allude alle misure e agli strumenti ottimali per sostenere il bilanciamento degli interessi per la parte di cui si tratti dell'attività consultiva del Consiglio di Stato e dell'attività parimenti consultiva di

rapporto del CNEL – espressione delle categorie produttive – ma anche nella parte in cui si parla delle funzioni di controllo della Corte dei conti, affinché l'azione pubblica possa svolgersi in modo corretto ed efficace nell'interesse generale.

Quindi queste norme sugli organi ausiliari alludono ad una collaborazione interistituzionale, con indicazione di metodo con una portata espansiva, se si vuole passare dal formalismo giuridico all'amministrazione di risultato.

Concludo, saluto con grande considerazione ed amicizia e attendo di partecipare al prossimo Convegno in Spagna.

Cari amici e colleghi,
Queridas compañeras y compañeros,
Buenas tardes a todos... y a todos, un saludo muy cordial.

Antes que nada, permitidme, que reitere ahora en público el saludo afectuoso que ayer formulé personalmente al presidente Fabio Roversi Monaco en nombre de todos los colegas españoles, y que evoque aquí su magisterio y su personalidad. Gracias, querido Fabio, por tu generosa y eficaz implicación en las tareas que unen a nuestras Asociaciones.

La celebración del XXIV Congreso de la Asociación Ítalo española de profesores de Derecho administrativo, aquí en Turín, constituye un hecho de gran significación.

A punto de cumplir 60 años de fecunda trayectoria, no cabe entender el desarrollo del derecho público en la Europa contemporánea sin tomar en cuenta las aportaciones recíprocas de los administrativistas de nuestros países.

Iniciaron este recorrido personalidades de la talla de Giannini, Miele, Ottaviano, García de Enterría, ClaveroArévalo, Sebastián Martín-Retortillo, entre otros. Son maestros venerables que acertaron con clarividencia a adivinar el prodigioso futuro que esperaba al desarrollo del derecho administrativo gracias al contacto estrecho y continuado entre los estudiosos de ambos países.

Y en efecto, a lo largo de estos años se ha desarrollado una relación que ha sido fructífera en el intercambio de ideas y en el progreso del conocimiento, y que es fraternal en el tejido de lazos de afecto y amistad.

Hace dos años celebramos el anterior Congreso en Santiago de Compostela “In memoriam” de nuestro querido Luciano Vandelli, verdadera alma de las relaciones ítalo-españolas en las últimas décadas, y cuyo recuerdo sigue siempre vivo e ilumina nuestro camino. Renovamos aquí el compromiso de dar continuidad a su legado.

Desde el anterior Congreso han tenido lugar tres acontecimientos asociativos que quiero destacar.

Por un lado, es de mencionar el encuentro celebrado en Bolonia el año pasado con ocasión del centenario del nacimiento del prof. Eduardo García de Enterría, acogido por el Colegio de España y la Spisa, a cuyos respectivos Rector y Director, Gutiérrez y Caia, renuevo mi reconocimiento.

Por otro lado, es de celebrar la reciente publicación del volumen que recoge las Actas del Congreso de Santiago, que verdaderamente impresionan por su contenido, y que ha sido posible gracias al buen hacer del profesor Luis Míguez y su equipo. Gracias también, y enhorabuena.

En fin, y desde la perspectiva española, es de lamentar el fallecimiento de quien fuera presidente de la Sección española, el profesor Rafael Entrena Cuesta, catedrático, maestro y amigo en la Universidad de Barcelona. Muchos recordamos todavía su lección inaugural en el Congreso de Messina, hace seis años. Y lo recordaremos nuevamente en este Congreso en la sesión del sábado por la mañana.

Viniendo al momento actual, quiero mostrar nuestro agradecimiento a todas las personas e instituciones que han colaborado para que este XXIV Congreso sea una realidad. Me permito personalizarlo en algunos destacados colegas, todos buenos amigos: el director de la SPISA de Bologna, Marco Dugato; el secretario general de la sección italiana, Giuseppe Piperata, y el director de la Fundación Democracia y Gobierno Local, Alfredo Galán.

Pero de manera muy especial, quiero expresar nuestra gratitud a los colegas turineses que nos brindan tan generosa hospitalidad. Gracias, al Profesor Roberto Cavallo Perin, y gracias en particular a la profesora Gabriella Racca, cuya energía y entusiasmo justifican que ya me anticipe a felicitarla por el éxito evidente del Congreso. Un agradecimiento y una felicitación que extendiendo merecidamente a todo su excelente equipo de colaboradores y doctorandos y secretaría organizativa.

Por otra parte, agradezco de veras a todos los presidentes de mesa y ponentes su disponibilidad para aceptar el encargo formulado, y a todos los asistentes y comunicantes por su participación activa.

De manera muy especial saludo a los más jóvenes, tan numerosos en este salón, a los que se incorporan por primera vez a nuestros encuentros, y que habrán de asegurar en el futuro su continuidad. Sois el nuevo eslabón que añadir a una larga cadena que a tantos une y que a nadie ata.

Y permitidme que también exprese un saludo muy especial al profesor Luis Cosculluela Montaner, quien en esta ocasión ostenta entre los que estamos aquí el decanato de los administrativistas españoles. Uno de los primeros y más sólidos eslabones de esta virtuosa cadena.

Verse hoy acogidos por la Universidad de Turín y por la ciudad de Turín es un privilegio del que acaso algunos españoles todavía no habían gozado. Es ésta una ocasión magnífica, pues, para establecer y estrechar lazos entre personas e instituciones.

Las paradojas de la historia vinculan a Turín con España.

Durante la Guerra de Sucesión española, a inicios del settecento, la ciudadela fortificada de Turín fue asediada durante 117 días por el ejercito franco-español, aunque la victoria fue para los piemonteses. Fue precisamente el Tratado de Utrech, que puso fin a la guerra de sucesión, el que reconoció a Victorio Amadeo II, duque de Saboya, como primer rey de la dinastía.

Pues bien, es en virtud de este Tratado que, paradójicamente la dinastía Saboya ostentaba algún derecho sucesorio sobre la corona española, lo que se hizo efectivo en la persona del turinés Amadeo I de Saboya, segundo hijo de Vittorio Emmanuelle II, que llegó a ser rey de España; rey efímero, entre 1870 y 1873, y cuya abdicación dio paso a la más efímera Primera República española.

Más allá de esta anécdota histórica, lo cierto es que Turín, la ciudad y, en especial, su universidad, ejercen un poderoso atractivo para los españoles. Y prueba de ello es nuestra nutrida presencia hoy aquí. Venimos a aprender, a debatir, a confrontar, según nos ha enseñado otro ilustre turinés, Norberto Bobbio, cuando dice:

“Ho imparato a rispettare le idee degli altri, a soffermarmi sul segreto di ogni coscienza, a capire prima di discutere, a discutere prima di condannare”.

Estoy seguro que en este Congreso que hoy empieza no llegaremos a condenar a nadie, pero lo que sí es más cierto es que podemos y, más aún, debemos, discutir, respetar y entender. Ésta es nuestra tarea.

Estoy convencido de que siguiendo el ejemplo del maestro turinés, los trabajos y las actividades de este XXIV Congreso Ítalo-español contribuirán decisivamente al progreso de la ciencia del Derecho administrativo y a la consolidación de las relaciones fraternales entre todos nosotros.

Grazie! Muchas gracias!

MARCO DUGATO

Grazie mille Tomás, grazie professor Font, grazie a Gabriella Racca e a Roberto Cavallo Perin, che sono amici carissimi e che sono i veri meritevoli responsabili di tutto quello che accadrà in questi giorni, non solo come contenitore, ma anche come contenuto, visto che vi sentiremo parlare.

Io devo solo veramente portare i saluti della Spisa, di tutta la comunità che intorno alla Spisa si muove.

Non voglio rubare tempo alle relazioni, non voglio rubare tempo alle presidenze che devono lavorare oggi pomeriggio.

Mi fa solo piacere prendere le mosse da quello che il carissimo Tomás diceva qualche minuto fa.

L'associazione che ha in Luciano Vandelli la spinta, fortissima, prende le mosse da una relazione molto forte che la Spisa aveva sempre avuto con l'Accademia Spagnola. Questo è vero per tutte le comunità accademiche italiane, per la Spisa e per Bologna lo sono in modo particolare.

Bologna non resistette come Torino agli spagnoli, ma Bologna si consegnò al bargello spagnolo con molta tranquillità e anche molta serenità. Ma molto prima di quell'evento, Bologna aveva già conosciuto l'istituzione del Reale Collegio di Spagna che per noi è un'istituzione, lo so che sembrerà eretica, ma bolognese non spagnola, e che non è se non la prima delle tappe importanti di questa collaborazione scientifica.

Qui mi fa piacere vedere degli amici carissimi perché oltre a Tomás Font, Joaquín Tornos che erano già maestri all'epoca, ma vedo Vincenç Aguado e Alfredo Galán e ricordo le giornate catalane che sono state un inizio per noi che eravamo molto giovani e che siamo ancora giovanissimi ma non così giovani, l'idea di vedere i giovani veri oggi qui è il successo di questa forma di collaborazione.

Viviamo noi forse in modo ovattato quello che in realtà sta succedendo nel mondo, il mondo è inquieto e purtroppo questa volta è anche molto vicino. Il dialogo continuo tra paesi e il dialogo accademico non è solo un dialogo di costruzione, di crescita scientifica, è un dialogo di linguaggio comune e noi siamo in una stanza che rappresenta certo 24 anni di questa associazione ma la celebrazione di un dialogo che non si è mai interrotto per secoli e che per secoli almeno ci ha insegnato non solo un sentire comune ma un parlare comune, perché guardarsi mentre ci si parla e si discute è molto più rilevante di quanto non sia leggersi a distanza. Quindi grazie

infinite a chi ci ospita, la Spisa è felicissima di essere parte di questo percorso, l'associazione grazie al professor Roversi Monaco e grazie al professor Piperata è viva e vive nel cuore della Spisa e grazie al professor Tomás Font che è un amico e un motore inesauribile di dialogo.

È con grande piacere che porgo il saluto dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, che da anni collabora con le colleghe ed i colleghi spagnoli, organizzando iniziative comuni sia tra le due Associazioni, che tra le singole Università dei due Paesi, confermando la solidità di un rapporto fondato sulla scienza e sui rapporti umani personali.

Ringrazio le colleghe ed i colleghi dell'Università di Torino per avere organizzato un convegno di alto spessore scientifico e di grande attualità per i temi trattati. Porgo, infine, un cordiale saluto alla Presidente dell'Associazione Spagnola dei professori di Diritto amministrativo.

Questo convegno fa seguito a quello svolto presso l'Università di Santiago de Compostela nel 2022, dove, appena usciti dalla pandemia Covid, abbiamo riflettuto sulla rigenerazione urbana e sulle riforme amministrative per la ripresa sociale ed economica: già in quel contesto era emersa la necessità di rafforzare lo spirito di un'Europa solidale, capace di attuare politiche di coesione per il superamento dei divari di cittadinanza.

Ora, in questo convegno, riprendiamo il filo di quel discorso: i tre ambiti scientifici di cui ci occupiamo hanno un unico punto focale nella necessità di politiche di coesione, come ha magistralmente osservato il professore Roversi Monaco nella sua introduzione ai lavori.

Sanità, controlli ed enti locali hanno lo stesso comune denominatore in quella coesione territoriale, economica e sociale ben presente nel *Next Generation EU*, secondo quanto previsto dal Regolamento (UE) 2021/241, istitutivo del NGEU, che, a sua volta, richiama gli artt. 174 e 175 del TFUE. Per questo, l'ambito di applicazione del Regolamento è una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, che comprenda la coesione economica (art. 3, c. 1, lett. c), la coesione sociale e territoriale (art. 3, c. 1, lett. d), la salute e la resilienza economica (art. 3, c. 1, lett. e) al fine di ridurre il divario di cittadinanza e perseguire una coesione territoriale che garantisca eguali livelli di prestazioni.

Si tratta, peraltro, di dare attuazione a principi costituzionali già previsti negli artt. 2, 3, 119 della Costituzione italiana e negli articoli 1, 2, 9 della Costituzione spagnola, che entrambe prevedono un principio di eguaglianza sostanziale, impegnando gli enti pubblici a rimuovere gli ostacoli per una effettiva e concreta attuazione di esso, garantendo così eguali livelli essenziali dei diritti civili e politici.

Per questo il Convegno si occupa opportunamente sia di sanità – un ambito dove più evidente è la necessità di politiche sociali inclusive – che di enti locali, soggetti pubblici di primo livello, deputati per la loro natura a curare interessi di prossimità, soprattutto delle fasce più deboli della popolazione. Ecco perché la coesione territoriale tra enti di diversa ampiezza e competenza, nonché la coesione sociale garantita anche e soprattutto dal diritto alla salute sono gli ambiti fondamentali su cui verificare se e quanto la coesione sia effettiva.

Già l'intervento di Marco Dugato induce a riflettere su come le risorse del *Next Generation EU* vengano utilizzate, poiché non possiamo non tener conto che in entrambi i nostri Paesi è necessario comporre e superare divari di cittadinanza tra diversi territori, soprattutto rafforzando quantità e qualità delle amministrazioni pubbliche locali.

L'attenzione sugli enti locali deve essere prioritaria, perché la qualità dei servizi di prossimità è il presupposto essenziale della fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche. A questo proposito è opportuno notare, ad esempio ed in senso negativo, che la modifica del PNRR in Italia ha ridotto gli investimenti nel Mezzogiorno, in controtendenza con l'auspicata politica di coesione.

Sono sicuro che le relazioni del Convegno terranno conto sia degli aspetti scientifici delle questioni esaminate, ma anche, per la natura degli argomenti che affrontiamo, dell'impatto sociale che producono.

Grazie per questo invito e buon lavoro.

Magnífico rector de la Universidad de Turín, Presidentes de las secciones italiana y española de la Asociación de administrativistas italo-españoles “Luciano Vandelli”, Director de la SPIZA, director de la Fundación Democracia y Gobierno Local, queridos compañeros y amigos.

Intervengo, en este acto, como Presidenta de la Asociación Española de Profesores y Profesoras de Derecho Administrativo, la AEPDA como la conocemos coloquialmente, y que, como me gusta repetir, nos integra y une a todos, somos ya más de cuatrocientos miembros, al margen de edades, territorios, ideologías y escuelas.

Mis palabras, necesariamente breves, no pueden ser más que de alegría y gratitud.

De alegría, ante todo, por encontrarnos de nuevo, en este ya vigésimo cuarto Congreso italo-español de Profesores de Derecho administrativo, cuyos orígenes tuve oportunidad de recordar en Bolonia, en la primavera de 2023, en el encuentro allí celebrado con motivo del centenario del nacimiento del maestro Eduardo García de Enterría. Los dejó escritos otro maestro, el Profesor Manuel F. Clavero Arévalo, en la semblanza, publicada en la Revista de Estudios de la Administración local y autonómica (núm. 291/2003), que hiciera del Profesor Sebastián Martín-Retortillo con motivo de su temprano fallecimiento. Decía: “Nos invitaron a su través, a Eduardo García de Enterría y a mí a un Congreso de Profesores italianos de Derecho Administrativo que se celebró en Nápoles y asistimos los tres al mismo desplazándonos después a Roma. Allí surgió la idea de celebrar periódicamente Congresos italo-españoles de Profesores de Derecho Administrativo y el primero tuve la satisfacción de organizarlo en Sevilla cuando era Decano de su Facultad de Derecho, en 1966”, ciudad, por cierto, en la que años más tardes, y en el marco precisamente de la celebración de otro Congreso italo-español, el décimo quinto, cristalizaría, hace algo más de veinte años, la AEPDA, aunque esa efeméride la celebraremos, a comienzos de 2026, en nuestro congreso anual que tendrá lugar en Toledo, el sitio en el que tuvo lugar el primero bajo el impulso del querido y recordado Luis Ortega Álvarez a quien tanto debe la Asociación.

Desde esa ya lejana fecha, 1966, hasta ahora, son, con el que hoy inauguramos, veinticuatro los congresos celebrados, convirtiéndose en una de las mayores y mejores señas de identidad de esta comunidad científica que formamos y que tanto nos enorgullece y aporta. Sus logros son indis-

cutibles, pues han ido dejando testimonio de las inquietudes científicas de cada momento y aportaciones de singular valor en cada una de las muchas materias que, a lo largo de tantos años, se han abordado. Sus actas constituyen referencia obligada en el estudio de todas las cuestiones que se han tratado, depósito de reflexiones e ideas para el análisis y la comprensión del Derecho Administrativo en el último medio siglo. Estoy segura, además, de que así continuará siendo en el futuro.

Pero estos congresos nos han permitido también, nos permiten, reunirnos, conocernos mejor y acrecentar lazos entre nosotros, tan importantes en el avance de la investigación y en el éxito de tantos proyectos. Como Presidenta de la AEPDA, y en nombre de toda su junta directiva, hago público, al igual que lo hicieron, en anteriores congresos, mis predecesores en el cargo, los Profesores Lorenzo Martín-Retortillo, Francisco López Menudo y Fernando López Ramón, cuya labor quiero reconocer, una vez más, públicamente, mi compromiso, nuestro compromiso, con esta asociación italo-española de administrativistas, un inmenso capital del que todos debemos cuidar, y con estos congresos que periódicamente nos reúnen. Estoy convencida de que las generaciones futuras sabrán valorar el legado recibido y tomar el relevo como, hasta ahora, ha venido sucediendo.

Qué mejor momento que este para honrar y recordar, es de justicia hacerlo, a tantos maestros italianos y españoles que en las distintas circunstancias, a menudo difíciles, de cada tiempo se entregaron a la construcción y configuración del Derecho Administrativo que conocemos. Me permitirán un recuerdo especial a los colegas y amigos que nos han dejado desde que nos reuniéramos, por última vez, en Santiago de Compostela en el año 2022. Al final del Congreso tendremos oportunidad de rememorar la trayectoria y la obra de todos ellos, aunque entenderán que cite ahora al Profesor Rafael Entrena Cuesta, artífice y protagonista indiscutible de estos encuentros y Presidente, durante muchos años, de la sección española, hoy parte consustancial de la propia AEPDA.

En mi condición de Presidenta de esta Asociación, debo, finalmente, manifestar mi gratitud, en realidad el agradecimiento de todos nosotros, a esta Universidad de Turín que toma el testigo de la de Santiago de Compostela, tras el excelente y, diría también, que emotivo congreso allí celebrado, cuando, por fin, pudimos reunirnos tras superar los tiempos más difíciles de la pandemia provocada por la covid-19, una Universidad que se une así a la ya larga nómina de las que nos han acogido. Sabemos, por propia experiencia, la responsabilidad que se asume y el reto y esfuerzo que supone, en todos los sentidos, la organización de un encuentro como

este, por lo que no puedo, y me permito hablar en nombre de todos, sino expresar nuestra más sincera gratitud a quienes habéis hecho posible que nos reunamos una vez más. Muchas gracias por esta generosa y calurosa acogida, expresión de vuestro compromiso por mantener viva la herencia recibida y por acrecentar, si cabe, el importante legado que suponen los estrechos vínculos existentes entre los Profesores de Derecho Administrativo de Italia y España.

Solo me queda desear que este Congreso sea un éxito y que sigamos reuniéndonos, como hasta ahora. De ambas cosas estoy segura.

INTRODUZIONE / INTRODUCCIÓN

L'*ad minus* nell'amministrare pubblico

ROBERTO CAVALLO PERIN

SOMMARIO: 1. Il carattere della funzione amministrativa. – 2. Limiti di spesa pubblica e vincoli costituzionali. – 3. Sanità europea come sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri. – 4. Comuni e Città nell'assetto costituzionale dell'Unione europea e degli Stati. – 5. Controllo e cooperazione delle amministrazioni pubbliche.

Grazie a tutti per essere venuti qui a Torino al convegno italo-spagnolo organizzato dall'Associazione di cui è stato magna pars l'amico e collega di fama internazionale prof. Luciano Vandelli, che – in accordo tra noi – verrà ricordato anzitutto dalle parole dell'amica e collega prof. Maria Alessandra Sandulli, che ringrazio sin d'ora.

1. Il carattere della funzione amministrativa

Mi pare che torni al centro dell'interesse il nucleo stesso di quell'amministrare concreto, di quel *ad minus* che è proprio di una delle funzioni di esercizio della sovranità cui da anni dedichiamo attenzione, dimenticando spesso che l'esercizio della funzione amministrativa, ancor più delle altre due – di quella legislativa e di quella giurisdizionale – è assolutamente prioritario per l'effettività di ogni ordinamento. Produrre un risultato utile nell'amministrare pubblico è principio istituzionale, poiché connaturato all'avere affidato alle diverse amministrazioni pubbliche la cura quotidiana di determinati interessi pubblici, in ciò distinguendosi dall'esercizio delle altre funzioni (legislativa e giurisdizionale), che sono rispetto a questa – per così dire – funzioni d'esercizio della sovranità che dovrebbero rappresentare l'eccezione.

In questo *ad minus* si ha dunque una cura di questi interessi che da sempre va alle minuzie, ad minus appunto, che tuttavia mi pare che assuma oggi un significato non incompatibile con altri enunciati che sovrastano i nostri ordinamenti.

2. Limiti di spesa pubblica e vincoli costituzionali

Anzitutto con quello che dal 2014 è ricordato come limite di finanza pubblica in attuazione di vincoli che sono stati richiesti dell'Unione europea sia all'Italia, sia alla Spagna, sia ad altri Stati, con soluzioni – che per quanto ci riguarda – sono stati protette addirittura con una norma di revisione costituzionale (l. cost., 20 aprile 2012, n. 1), che per le amministrazioni pubbliche ha introdotto l'ulteriore vincolo di “assicurare gli equilibri di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico” (art. 97, co. 1°, Cost. it.), superando la tradizionale nozione di buon andamento dell'amministrazione, ove più correttamente l'economicità s'accompagnava all'efficienza e all'efficacia delle amministrazioni pubbliche (art. 97, co. 2°, Cost. it.; già c. 1°), in un'enunciazione dei termini di un bilanciamento che pareva avere un equilibrio intrinseco fondato sui tre poli sopra indicati ben noti alle scienze aziendali, sociologiche e giuridiche. La norma di nuovo conio pare invece aver avuto la pretesa di elevare il contenimento della spesa pubblica a valore prevalente.

Un limite costituzionale non assente nel testo costituzionale previgente, ma che nella nuova prospettiva pare riecheggiare l'idea di un “nuovo diritto naturale” di nuova formulazione (le “generazioni future”), che con il passato manterrebbe il *continuum* di *limite indisponibile alle scelte umane*, in particolare di quel diritto volontario che più d'altri dipende dal valore politico del momento, in cui determinate idee sono assunte dalla sola maggioranza. Norma di nuovo conio che dal passato pare invece almeno in parte discostarsene per l'assenza di quella legittimazione d'una cultura elitaria e di ragione, sia essa laica o d'ispirazione religiosa, che alcuni secoli addietro ha retto l'elaborazione dei diritti dell'uomo, dovendo oggi contare piuttosto su una pluralità di verità culturali e di scienza che appaiono da quel punto di vista tutte di ragione e di cui son depositarie anzitutto le Università, cui è stata affidata l'elaborazione e la diffusione critica di verità di libera scienza.

La questione di un limite alla spesa pubblica non è nuova. Non vi è dubbio infatti che un “indebitamento sovrano” da sempre trova i limiti che in ogni epoca sono definiti dalle elaborazioni delle varie scienze politiche, economiche, finanziarie, giuridiche, diplomatiche, sociologiche, geografiche, matematiche, fisiche, chimiche, o di quelle che più di recente si sentono denominare come scienze del clima, della geopolitica, ma in genere ogni altra scienza che consenta di dare *consilium* ai molti “principi” del pianeta, i quali diversamente li intendono secondo le diverse

caratterizzazioni filosofiche, religiose, etniche o socioculturali. La differenza è nella configurazione di tali limiti. Un tempo questi erano il frutto di elaborazioni predittive ad opera delle molte scienze sopra richiamate, una sintesi elitaria di una pluralità di culture costrette a confrontarsi e a trovare perciò rimedio ogni qualvolta. Ora i vincoli paiono presentati come atto di volontà, che proviene da lontano, da istituzioni dell'Unione europea prive di sovranità diretta, ma unicamente derivate da quelle che costituiscono gli Stati nazionali.

3. *Sanità europea come sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri*

Ricondotta nei suoi giusti termini la questione del limite di spesa pubblica, si può notare che i temi di questo convegno sono stati riuniti forse per il carattere che li contraddistingue: l'essere tutti elementi essenziali della convivenza sociale, anche ove giustapposti (controllo e cooperazione) ancora più se con riferimento alla sanità e agli enti locali.

L'uno selezionato come servizio al *primum vivere*, l'altro come cultura comune alla cittadinanza di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, entrambi ritornano in auge ove vissuti sempre più come definizioni di coesione sociale, di ciascuno nel suo Stato e al tempo stesso nell'Unione.

I cittadini europei residenti, lo sappiamo, che trovansi in altro Stato membro hanno diritto alle stesse prestazioni sanitarie praticate ai cittadini dello Stato in cui sono andati a risiedere, esibendo la tessera europea di assicurazione e malattie, salvo condizioni e oneri eccessivi, non c'è dubbio.

L'interoperabilità tra i sistemi sanitari segue la libertà di circolazione, non è più infatti legata alla condizione di lavoratori. Ciò qualifica nella cooperazione i *welfare* nazionali, poiché li accredita oggettivamente e li protegge dalle scelte degli stessi Stati membri, erigendo la cura della salute di tutti i cittadini europei a sistema, come istituzione oggettiva di definizione dell'Unione Europea.

Una disciplina che dal mercato è giunta – attraverso la non discriminazione e la libera circolazione – a dare una prima rete di protezione sociale sia per la tutela della salute sia per la circolazione dei titoli e dei percorsi di studio erogati nei vari Stati membri, su cui ora si proietta la forza dei dati e la conoscenza offerta dai sistemi di intelligenza artificiale, la cui disciplina dell'Unione Europea è in questi giorni in attesa della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.

Ecco allora ritornare quell'*ad minus* – cui si faceva cenno in apertura – che richiede che vengano sottoposti a una generalizzata verifica e a un dettaglio di gran lunga maggiore gli *standard* d'amministrazione sinora utilizzati nei vari settori d'amministrazione pubblica.

Siamo all'esordio di una conoscenza dell'andamento dei comportamenti umani e delle organizzazioni pubbliche e private, degli effetti si sistema dei medesimi, comprese le malattie o i difetti d'istruzione, che consente di prevedere in modo statisticamente rilevante – ma con errori ineliminabili (es. 10% o 15%) – come provvedere alla rete d'assistenza di diagnosi e cura, ma ancor prima alla prevenzione – si sarebbe detto nell'Ottocento di polizia amministrativa – di ciò che ne sia la causa rilevante, scegliendo scientemente comportamenti umani vietare o disincentivare.

La competenza dell'Unione sulla tutela della salute è limitata – come è noto – a azioni intese a sostenere, coordinare e completare, l'azione degli Stati membri (art. 6, TFUE), negando di sostituirsi agli Stati membri, ma anche solo di armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari degli medesimi.

Un limite di cui può essere tuttavia colta l'opportunità, poiché la scelta del Trattato legittima nel senso che all'Unione spetta il compito di porre ciò che negli Stati, più esattamente alla loro organizzazione, manca, dando sostegno, coordinando o addirittura completando ciò che gli stessi inevitabilmente non riescono a definire, ad esempio il sistema europeo di cura, ma anche di prevenzione delle malattie, con la definizione di strutture che possano impersonare una rete europea adeguata, cui non possono attendere gli Stati membri, che può essere di sostegno, di coordinamento o di completamento dell'azione di quest'ultimi.

4. *Comuni e Città nell'assetto costituzionale dell'Unione europea e degli Stati*

Un accenno solo alla *Carta europea delle autonomie locali*, ove, come sapete, non si parla in realtà di comuni ma appunto di autonomie, lasciando la definizione a quanto gli Stati membri hanno avuto come proprio portato storico e hanno pensato di sperimentare. Rispetto al passato, mi pare che l'elemento che maggiormente s'evidenzia oggi è che dai comuni, come associazioni di residenti, si va distinguendo concettualmente la città perché governo dei flussi di persone e di merci, da e verso i centri minori o maggiori.

In Italia su n. 7.896 comuni, oltre n. 100 (n. 119) sono capoluoghi di provincia, circa n. 1000 hanno il titolo di città, che forse è venuto il momen-

to di rivalorizzare oltre la qualità di titolo onorifico (art. 18, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), come punto rete di cooperazione al servizio dei restanti 6.896 comuni. Mi pare infatti che la tradizionale contrapposizione tra città e campagna sia recessiva, quantomeno nel senso a suo tempo assegnato di libertà individuale e progresso contrapposta a tradizione e conservazione, poiché oggi pare piuttosto affermarsi una *differenziazione complementare* tra città e campagna, nel senso che nell'una realtà s'affermi ciò che nell'altra risulta recessivo o addirittura manchi del tutto in vario grado.

Più esattamente è noto che delle città vi sono vari tipi, in Italia già s'è detto che – oltre le molte – più di 100 sono città capoluogo, tra cui oltre 10 sono città metropolitane di rilevanza costituzionale come enti – dotati d'autonomia – costitutivi della Repubblica italiana (unitamente a regioni, province e comuni: artt. 114 e 118, Cost.), ma tra esse potrebbero ergersi nei prossimi anni due metropoli dai caratteri oggi ancora molto incerti (Roma-Napoli; Milano-Torino), con polarizzazioni di complementarietà in tal caso dai tratti molto evidenti. Le megalopoli sono città vicine ai 10 milioni d'individui che sono fortemente connesse (pluralità di linee metropolitane, di aeroporti e di treni ad alta velocità) non solo con i territori di riferimento, ma anche con le altre megalopoli che nel mondo sono di analogo carattere, siano esse prossime o remote, designando in tutte caratteri comuni di vita di chi le abita per varie ragioni.

A queste realtà sono di complemento quelle città e comuni che da quelle se ne distinguono, per condizioni d'abitazione, fruizione dell'ambiente, stili di vita e di lavoro, nonché di fruizione dei servizi che li consentono, delineando ciascuna realtà che si compenetrano più che contrapporsi.

Si tratta di un fenomeno che il legislatore ordinario e poi costituzionale ha recepito come istituzionalizzazione di un fenomeno che è di rilevanza sociale, che diversamente irradia e perciò definisce ciascuna realtà con un carattere differenziale nel tipo (comune, città, città metropolitana o provincia, infine e a suo tempo come megalopoli), che gli strumenti d'intelligenza artificiale sapranno evidenziare definendone le relative capacità giuridiche (art. 11, cod. civ.) a ricevere funzioni e servizi (art. 118, co. 1°, Cost.).

5. *Controllo e cooperazione delle amministrazioni pubbliche*

Quanto al controllo e alla cooperazione, l'influenza della scienza e della tecnica nell'amministrazione italiana ed europea è da tempo nota in ragione del rinvio di un ordinamento giuridico alle differenti scienze che com-

pongono il sapere umano, siano esse le cosiddette scienze dure – come la medicina, l'ingegneria, la fisica, la matematica, ecc. – o morali (diritto, economia, ecc.) con ridefinizione del sistema pubblico d'organizzazione che l'intelligenza artificiale, non solo *ex ante* (assegnazione delle competenze in ragione dell'effettiva capacità di ciascun ente) ma che è capace di effettuare anche *ex post*, consentendo controlli diffusi e esperti, con una potenza che può davvero contrastare la cattura dei controllori, rivalutando inaspettatamente e anche in questo caso un altro precetto costituzionale italiano, quello che radica una giustizia in senso lato nell'amministrazione (art. 100 Cost.) del Consiglio di Stato in sede consultiva, della Corte dei Conti in sede di controllo, in collegamento con le altre autorità indipendenti degli altri Stati membri e dell'Unione europea.

A ciò si aggiunga l'apporto che le Università possono dare ad un controllo diffuso dei cittadini, in quanto istituzioni titolari dell'elaborazione e dell'insegnamento di *libera scienza*, cioè nell'essere istituzioni che a sistema sono capaci di riunire l'universo sapere, d'oggi e del domani, con caratteri plurali, sempre contendibili, come hanno da essere coloro che rinunciando ad essere un potere (politico, economico, religioso, sociale, o culturale di tendenza) dedichino la propria professione a una libera scienza.

Infatti, dalla vigilanza del gestore sui propri agenti, del committente sul gestore, delle agenzie o autorità indipendenti sui gestori di funzioni, del parlamento sul governo, si distingue nettamente da ogni altra quella diffusa di cittadini, degli utenti, non agendo questi professionalmente ma non avendo ragioni diverse da sé medesimi.

L'azione amministrativa è infatti costituzionalmente aperta al controllo esperto, non solo delle autorità indipendenti – si è detto nazionali e sovranazionali – ma a quella libera delle università che è in Italia è così caratterizzata da uno specifico dettato costituzionale (art. 33, Cost.), che è aperta a tutti per intrinseca necessità di pubblicazione di qualsiasi produzione scientifica, sicché può essere da chiunque liberamente fruita, generando un controllo disinteressato, plurale, oggettivo, da parte di chi della libertà scientifica ha fatto la propria ragione istitutiva. Libertà di scienza e di ricerca il cui esercizio è per norma imperativa nell'interesse collettivo o pubblico di tutti e di ciascuno, configurando la libertà di scienza come indispensabile all'esercizio consapevole di ogni altra libertà. Ecco così riapparire di nuovo l'amministrare pubblico come strumento privilegiato della tutela dei diritti di libertà un tempo dei Comuni (*Magna Carta Libertatum* prima versione) dipoi e degli individui in molte delle esperienze d'Europa dopo il 1848.

Grazie a tutti e soprattutto agli organizzatori torinesi e spagnoli, per avermi invitato a fare questo “saluto di presentazione”.

Parliamo di sanità, controlli e collaborazioni istituzionali.

Abbiamo sentito dall'introduzione di Fabio Roversi Monaco e dai precedenti saluti istituzionali perché e come questi temi si colleghino.

Sono tre temi di massimo interesse e di grandissima attualità, che meriterebbero ciascuno un convegno a sé e sui quali è fondamentale un confronto con i nostri amici e colleghi spagnoli, nello spirito che ha sempre informato questi incontri.

Ma sono anche tre temi dei quali si è occupato magistralmente Luciano Vandelli. Se ne è occupato moltissimo con riferimento ai controlli e ai rapporti tra le istituzioni, ma se ne è occupato anche nel fondamentale volume su *Amministrazione centrale e servizio sanitario* del 1984.

Non riusciremo mai abbastanza a ricordarlo e a rimarcare quanto ci manchi. E in queste occasioni, come ci dicevamo poco fa anche con gli amici bolognesi, ne sentiamo ancora di più l'assenza. Ma il Suo ricordo e i Suoi insegnamenti sono vivi in noi e lo testimonia l'istituzione della Sezione italiana dell'Associazione dei professori italiani e spagnoli di diritto amministrativo, intestata a Suo nome nell'ottobre 2019.

Approfitto anche per ringraziare ancora una volta Fabio Roversi Monaco di avermi incluso tra i soci e i fondatori.

Sui temi oggetto del Convegno ascolteremo naturalmente tutti i relatori. Mi limiterò quindi davvero a pochissime parole.

Inizio dalla sanità. La pandemia ha fatto venire al pettine le problematiche organizzative del nostro sistema sanitario, la mancanza di adeguata assistenza territoriale, le gravi differenze tra le regioni, la carenza di personale, e così via. Incredibilmente il PNRR, come da subito, ma invano, ebbi a segnalare in un webinar organizzato dall'AIPDA nell'aprile 2021, ha dedicato pochissime risorse alla sanità; come se i problemi strutturali e organizzativi che erano d'improvviso emersi fossero ormai superati o fossero comunque superabili con la auspicata fine della crisi epidemiologica. Con autorevoli colleghi ed esperti, tra cui le professoresse Marcella Gola e Alessandra Pioggia, qui presenti, abbiamo istituito un Centro studi interdisciplinare di diritto

* Il testo riproduce fedelmente le considerazioni svolte oralmente dall'A. il 23 maggio 2024.

sanitario (CeSDirSan) per approfondire, oltre che tra noi giuristi, con economisti, ingegneri, ma anche e soprattutto medici, farmacisti e altri operatori sanitari, le tematiche legate alla disciplina di questo fondamentale settore, anche in funzione di una interlocuzione con le istituzioni. Tra i problemi che abbiamo affrontato spiccano quelli della responsabilità sanitaria, dell'assistenza domiciliare, della telemedicina, dell'utilizzo dei dati anche per la ricerca retrospettiva osservazionale, tema, quest'ultimo, sul quale ci siamo peraltro specificamente interfacciati con la FADOI (Federazione delle Associazioni dei Dirigenti Ospedalieri Internisti) e con il Garante della privacy.

Su questi argomenti abbiamo anche avuto vari confronti già con colleghi spagnoli e ora stiamo continuando a lavorarci, proprio con Alessandra Pioggia e Marcella Gola, nell'ambito di un progetto PRIN (ovvero, spiego agli amici spagnoli, con finanziamento ministeriale) specificamente dedicato a "La nuova sanità tra territorialità, domiciliarità e telemedicina". La sfida per il futuro è la capillarità del servizio, e, tornando all'organizzazione, la presa in carica del paziente sin dal suo primo arrivo in una struttura sanitaria (auspicabilmente le nuove Case di comunità), in modo da organizzarne e seguirne gli opportuni accertamenti diagnostici, l'eventuale entrata e accoglienza in ospedale, l'eventuale ricovero e le conseguenti dimissioni e, laddove necessario, la prosecuzione del percorso di cura e assistenza sul territorio, anche in modalità domiciliare.

Affinché ciò sia possibile, occorre però anche rinforzare la formazione: non basta aprire l'accesso alle facoltà di medicina e alle Scuole di specializzazione, ma occorrono reparti, e, quindi, strutture ospedaliere e ambulatoriali adeguate, anche per formare i medici e il personale sanitario. Occorre, inoltre, assolutamente supportare i medici di medicina generale e i pediatri di libera scelta con équipes multifunzionali e con strumenti per la diagnostica di primo livello e curare la formazione e la certificazione dei *care givers*.

Segnalo, a questo riguardo, un dato generale che riguarda i rapporti tra istituzioni, i conflitti e la cooperazione. Sappiamo bene (è un problema di cui abbiamo parlato tante volte) che la qualità della nostra legislazione lascia a desiderare. So che c'è stato un importante convegno alla SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione), nel quale è stato ancora una volta sottolineato come uno dei nostri più gravi problemi sia quello dello scarso livello della legislazione. Luciano Vandelli aveva significativamente scritto un volume sulla *"Psicopatologia delle riforme quotidiane"*, in cui denunciava la oggettiva difficoltà di dipanarsi tra le varie leggi e leggine per individuare la regola concretamente applicabile.

Questa carenza ha implicato e implica un intervento sempre più incisivo e non sempre opportuno di altri poteri.

Gli esempi sono purtroppo numerosi.

Abbiamo visto ad esempio recentemente un caso di mancata collaborazione tra le istituzioni e di eccessiva responsabilizzazione dei giudici e delle amministrazioni con riferimento alla questione, nota anche agli spagnoli, delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative, definite per brevità “concessioni balneari”. Il legislatore non riesce a trovare una soluzione e questa “ricerca” alla fine viene alla fine demandata ai giudici amministrativi e alle stesse amministrazioni (in particolare, i comuni), che si trovano di fronte a disposizioni legislative che i giudici dichiarano contrarie al diritto dell’Unione, sicché, se le applicano, sono a rischio di essere chiamati responsabili della suddetta violazione, ma, al contempo, non hanno regole chiare per operare, perché il legislatore non le ha dettate. Da qui la difficoltà di uscire da questo terribile momento di disagio pur nell’urgenza di trovare una soluzione. Siamo di fatto a giugno e gli operatori balneari, in base a quanto affermano i giudici, occupano senza titolo le strutture che hanno faticosamente costruito e protetto dalle intemperie; e, conseguentemente, lavorano (e pagano le imposte per le relative entrate) senza titolo. Questo è solo un esempio, ma purtroppo non è l’unico.

Vengo, molto rapidamente, ai controlli. Come è spesso rimarcato, sono fondamentali, direi anzi indispensabili, per garantire il rispetto dei principi di legittimità e buon andamento dell’azione amministrativa. Però i controlli, in particolare quelli di legittimità, cosiddetti “puri”, sono stati progressivamente ridotti nel nostro sistema, hanno assunto altre forme che variano a seconda dei rapporti tra amministrazioni; ma creano situazioni spesso molto conflittuali tra organi e poco improntati all’apertura di un fruttuoso dialogo istituzionale. L’affrancamento dal precedente regime dei controlli ha peraltro inesorabilmente reso necessario rafforzare il sistema della vigilanza amministrativa, esercitata non in via preventiva su ogni atto, ma in modo successivo e occasionale, concentrata su specifici interessi pubblici, implementando a tal fine gli strumenti a disposizione dell’amministrazione o creandone di nuovi. Per esempio, in diversi casi il legislatore ha riconosciuto a singoli ministeri (il Ministero dell’Università e il Ministero dell’Economia e Finanze) e alle Autorità indipendenti (l’Autorità antitrust, l’Autorità dei trasporti, l’Autorità anticorruzione, e, da ultimo, il Garante nazionale per i diritti delle persone con disabilità) una speciale legittimazione a ricorrere dinanzi al g.a. contro gli atti amministrativi *contra legem*. In buona sostanza, essi intervengono *ex post*

attraverso il ricorso giurisdizionale per esercitare una funzione che è stata sottratta agli organi di controllo.

Il giudizio amministrativo diventa in tal modo la sede principale per la risoluzione delle liti tra autorità pubbliche. Un esempio recentissimo, e chiudo, ci viene da una sentenza del Consiglio di Stato in un giudizio di appello su un ricorso giurisdizionale proposto dalla Regione autonoma della Sardegna contro una delibera del Consiglio dei ministri di risoluzione di un conflitto tra Ministeri, risolto a favore del Ministero della transizione ecologica, per la valutazione positiva di compatibilità ambientale sul potenziamento di un parco eolico. Il Consiglio di Stato ha affermato che l'atto di alta amministrazione con il quale il Consiglio dei ministri risolve il conflitto tra singoli ministeri è finalizzato a trovare una regola di composizione del conflitto e, in mancanza, a decidere quale degli interessi debba prevalere, considerando le priorità che discendono sia dal programma di governo sia dagli obblighi eventualmente assunti in serie internazionale, ai sensi dell'art. 117 della nostra Costituzione. Quindi, il ricorso per conflitto non è soltanto il modo per assicurare il coordinamento tra interessi pubblici affidabili a diversi centri di imputazione e a diversi livelli territoriali di governo a fini di semplificazione, come accade per esempio con lo strumento della conferenza di servizi, ma demanda al Consiglio dei Ministri anche l'individuazione, di volta in volta, delle priorità dell'azione di governo, stabilendo il criterio orientativo degli interessi pubblici necessario per assicurare la sua unitarietà (fermo restando che tale potere non si estende all'accertamento dei fatti e alla verifica di coerenza tra gli atti interni del procedimento che restano di competenza dei ministeri dei singoli settori. Quindi, di nuovo, si crea uno strumento che non riesce a risolvere in modo veramente chiaro il conflitto. Il Consiglio di Stato afferma che il sindacato giurisdizionale sul decreto risolutivo di quest'ultimo non può essere esercitato secondo i principi che governano la verifica del rispetto delle regole della cosiddetta "deontologia della discrezionalità", valevoli per gli atti e i provvedimenti amministrativi privi di una qualche rilevanza politica qualificata. Mentre il sistema dei controlli e di vigilanza dovrebbe portare a una definitiva composizione dei conflitti tra le istituzioni, funzionale a evitare che essi trovino la sede naturale di risoluzione.

Da ciò la necessità di ampliare gli strumenti che agevolino il dialogo con e tra le istituzioni pubbliche e in questa direzione forse può essere importante l'articolo 7 dello schema di decreto legislativo sulla semplificazione dei controlli sulle attività economiche in attuazione della delega

conferita al Governo dalla legge n. 118 del 2022, sulla quale è stato reso il 28 marzo scorso un parere del Consiglio di Stato che invita a prevedere un meccanismo di dialogo tra amministrazioni e operatori economici, disponendo che quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione delle fonti normative riguardanti fattispecie di carattere generale o difformità applicative nell'ambito del territorio nazionale relative a obblighi e adempimenti che sono oggetto di controlli, le associazioni nazionali di categoria possono interpellare l'amministrazione centrale o la regione competente prospettando una soluzione motivata. Se però consideriamo che nei giudizi all'esito dei quali ha dichiarato *tamquam non essent* tutte le concessioni balneari in regime di proroga *ex lege*, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha negato la possibilità di intervento alle associazioni di categoria che erano intervenute dinanzi alle sezioni semplici in giudizi (ancora pendenti) analoghi a quelli "scelti" dal Presidente per investire l'organo di nomofilachia e che, quando la Corte di cassazione ha annullato la sentenza resa dalla Plenaria proprio a causa di tale diniego, la decisione sull'ammissibilità del suddetto intervento è stata rimessa alla sezione semplice (che non ha reinvestito la Plenaria), si riesce forse a comprendere l'importanza e la delicatezza delle problematiche istituzionali cui ho accennato. E, nonostante l'indubbia complessità del tema, spero che tali problemi siano stati, almeno nelle loro linee generali, colti anche dai nostri colleghi spagnoli.

Ringrazio ancora per l'attenzione e Vi auguro buon lavoro.

PRIMA SESSIONE / PRIMERA SESIÓN

La Sanità: modelli organizzativi e attività **La Sanidad: modelos organizativos y actuaciones administrativas**

PRESIEDE/PRESIDE

MARCELLA GOLA

Il radicamento territoriale dell'assistenza ha profonde radici nel SSN, nato nel 1978 come servizio nazionale strutturato su base locale.

Nel tempo, tuttavia, l'attenzione si è spesso spostata sulle prestazioni e sui loro costi, riducendo il peso della strategia territoriale; da qui l'esigenza di una ricalibratura che recuperi la dimensione organizzativa e manageriale, distinguendola in particolare dall'indirizzo politico.

In parallelo, il tema si intreccia con l'evoluzione del regionalismo: le differenziazioni esistono già, come espressione dell'autonomia concorrente delle Regioni e delle Province autonome, e l'autonomia differenziata introdotta dall'art. 116 cost. e disciplinata dalla l. n. 86 del 2024 potrebbe accentuarle. È pertanto decisiva la capacità delle Regioni di garantire almeno i livelli minimi, evitando divari di qualità e ridimensionando la conseguente mobilità sanitaria. Il contesto cui ci riferisce è quindi oggetto di attenta considerazione da parte dei legislatori nazionale e regionali, confermandosi come occasione di sperimentazione di nuovi modelli organizzativi e gestionali che, nell'esperienza passata, sono stati successivamente estesi a tutto l'ambito della Pubblica amministrazione.

La rinnovata riflessione sulla sanità territoriale attualmente in corso di definizione nasce dall'esperienza della pandemia. Questa drammatica vicenda ha infatti mostrato la fragilità di un modello in cui la domanda supera strutturalmente l'offerta, non adeguatamente preparata a rispondere a situazioni eccedenti l'ordinario. Al tempo stesso, la diffusione globale del virus e l'impatto negativo sull'economia che questa ha determinato ha reso evidente che la salute non è solo un costo, ma una condizione imprescindibile per lo sviluppo economico e sociale.

La recente pandemia ha introdotto nel nostro modello amministrativo anche la necessità del pensare al futuro, quindi alle future generazioni, prospettiva che dà vita a una pubblica amministrazione di tipo diverso, rispetto a quella che fino ad oggi abbiamo conosciuto, che normalmente aveva come base temporale di riferimento per le proprie decisioni la durata in carica degli organi amministrativi, obbligando i decisori pubblici

a guardare avanti, oltre la scadenza del mandato ricevuto. Significativa, nell'ordinamento italiano, è la recente revisione costituzionale che, pur con riferimento solo indirettamente riconducibile alla salute, all'art. 9, comma 3 obbliga espressamente la Repubblica alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, "anche nell'interesse delle future generazioni".

Come reazione agli esiti della diffusione del Covid 19, evento di portata mondiale, l'ordinamento sovranazionale ha convogliato risorse straordinarie attraverso il PNRR – Piano nazionale di ripresa e resilienza approvato dall'Italia nel 2021. La novità, rispetto ad altri interventi riformatori che hanno interessato il settore, è il termine – 2026 – assegnato per portare a compimento gli obiettivi programmati. Il rispetto del cronoprogramma PNRR vincola giuridicamente e politicamente le istituzioni nazionali nei confronti dell'Unione Europea, finanziatrice. Questa circostanza, anche per quanto sopra detto circa la considerazione degli effetti proiettati nel tempo, impone di valutare responsabilmente i rapporti di durata che, dopo il termine, potrebbero risultare privi della copertura straordinaria.

Si tratta di un atto straordinario, che individua nella riorganizzazione dei servizi – e in particolare nel rafforzamento dell'assistenza "di prossimità" – un pilastro del rilancio del Paese. Tale direzione è stata normativamente tradotta nel d.m. n. 77/2022, il quale disegna le "reti di prossimità" come quadro di riferimento per la sanità territoriale, integrando e non sostituendo l'ospedale, già oggetto del d.m. n. 70/2015 con il quale sono stati determinati gli standard dell'assistenza ospedaliera. L'obiettivo perseguito è quello di riservare alle strutture ospedaliere i casi di maggiore complessità, mentre una rete diffusa e qualificata risponde ai bisogni primari vicino ai cittadini.

Questa impostazione mette al centro delle scelte il territorio, in linea con il modello organizzativo che riparte le competenze sulla base del principio di sussidiarietà c.d. verticale. La vicinanza tra luogo di cura e assistito diventa così un criterio fondamentale per la valutazione della qualità percepita, da conciliare con parametri nazionali che assicurino uniformità dei servizi – ai sensi della l. n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, SSN –, in coerenza con i livelli essenziali delle prestazioni assistenziali – LEA da garantire su base regionale.

Nelle scelte che spettano agli enti territoriali, espressione delle collettività rappresentate, la corretta dimensione territoriale non coincide necessariamente con i confini amministrativi: la riforma richiede un'analisi regionale "caso per caso", integrando al contempo i servizi sociali di

competenza comunale e riconfermando la necessaria compresenza operativa di strutture pubbliche e private, tra le quali sono compresi nuovi compiti assegnati alle farmacie territoriali.

Dimensione istituzionale e dimensione funzionale non coincidono quindi necessariamente, aprendo la via alla sperimentazione di nuovi modelli e formule aggregative orientate alla qualificazione e al rafforzamento del servizio, inteso come sistema.

Un ruolo di riferimento unitario per la qualità del servizio, sempre più importante, è svolto da Agenas, Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, ente pubblico non economico di rilievo nazionale, istituito con d.lgs. n. 266 del 1993 come organo tecnico-scientifico del SSN che svolge attività di ricerca e di supporto nei confronti del Ministro della salute, delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

L'estensione delle riforme del sistema deve essere completata e ulteriormente integrata. Innanzitutto, oltre allo spazio, anche il fattore tempo – tempestività, continuità delle cure e riduzione delle liste d'attesa – diventa sempre più un elemento qualificante dell'idoneità del servizio, condizione della sua effettività. Il legislatore nazionale è intervenuto sul punto, attraverso il d.l. del 7 giugno 2024, n. 73, convertito dalla l. n. 107 dello stesso anno, noto appunto come 'decreto liste d'attesa'.

Il problema è affrontato in più aspetti, tra i quali l'istituzione della piattaforma nazionale interconnessa con quelle regionali, il monitoraggio continuo del rispetto dei tempi previsti, l'adeguamento dei sistemi di prenotazione e il divieto di bloccare o chiudere le liste d'attesa, prevedendo sanzioni in caso di inadempienze.

Il quadro degli interventi si completa necessariamente con l'incremento di personale del SSN, agendo tanto sulle assunzioni, da implementare, tanto sulla formazione e qualificazione degli operatori della sanità, con rafforzamento dei medici di medicina generale MMG e dei pediatri di libera scelta e della definizione della figura dell'infermiere di famiglia o, a seconda della denominazione preferita, di comunità, come riferimenti costanti per la costruzione del servizio partendo appunto dalla base.

L'innovazione non è solo organizzativa ma, sempre ai sensi del PNRR, necessariamente anche tecnologica. La digitalizzazione e, in particolare, il Fascicolo Sanitario Elettronico puntano a un accesso unitario e sicuro ai dati sanitari; accanto a ciò, la telemedicina – finanziata anch'essa dal PNRR, in apparente contraddizione con la scelta della vicinanza sopra esposta – amplia le modalità di erogazione delle prestazioni. Il modello complessivo così configurato combina il "luogo di cura" (presidio, remoto,

domicilio) sulla base del bisogno, graduando in base alle reali esigenze del caso l'alternativa tra presidio sanitario – con diversi livelli di specializzazione –, telemedicina e infine domicilio: la cura domiciliare, infatti, è riconosciuta come luogo primario e spesso ottimale per cronicità e fragilità.

In questa ampia prospettiva, è sempre più determinante abbandonare la visione limitata su ciò che il territorio domanda, per valorizzare ciò che offre in termini di risorse e presidi – pubblici e privati – già presenti e attivabili. Una lettura “di sistema”, fondata sulla ricognizione, verifica e valorizzazione dell'offerta esistente, permette di evitare duplicazioni, colmare lacune e modellare i bacini di utenza in base alla popolazione effettivamente servita e alle caratteristiche dei luoghi.

Occorre in proposito evidenziare che la compresenza, anche concorrenziale, tra pubblico e privato sul territorio è un tratto originario del SSN.

L'appartenenza al sistema non dipende dalla natura giuridica, bensì dall'accreditamento (oggi disciplinato anche dal d.m. 19 dicembre 2022), che presuppone requisiti di qualità, sicurezza e appropriatezza. La programmazione deve dunque considerare l'offerta esistente nella sua interezza, mobilitando risorse pubbliche e private, valutando nuovi partenariati e localizzando i presidi in funzione dell'accessibilità reale (tema sul quale l'OCSE ha segnalato criticità, inclusa la frammentazione e le distanze). Al contrario del servizio farmaceutico – pianificato con contingentamento per garantire copertura omogenea – i servizi assistenziali non sono soggetti a quote numeriche, e la loro sostenibilità è affidata a requisiti, investimenti, controlli e alla cornice costituzionale che tutela insieme libertà d'iniziativa e interesse pubblico alla salute.

Una corretta prospettiva riformatrice, determinante come condizione di successo del modello, anche alla luce delle risorse straordinarie assegnate dal PNRR non può più eccepire la scarsità di risorse per legittimare o comunque giustificare inefficienze del sistema. Anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 195 del 2024, ha riconosciuto alla spesa per salute e diritti sociali una preferenza qualitativa rispetto a tagli lineari, nella logica della “spesa costituzionalmente necessaria”, con la condizione che questa posizione di favore osservi i canoni di buon andamento, valutazione di proficuità della spesa e si accompagni a un assetto gestionale alleggerito da condizionamenti politici e dall'eccessivo carico burocratico locale alla base come detto del modello territoriale. A questo si aggiunga la gestione del rischio (risk management) propria della dirigenza sanitaria, in un settore eminentemente tecnico-scientifico che non tollera standardizzazioni eccessive e richiede una chiara distinzione tra indirizzo politico e gestione.

Il sistema deve anche valorizzare la libertà della scienza (art. 33 Cost.) e la libertà di scelta del paziente e del professionista, nei limiti dell'interesse della collettività; allo stesso tempo, la dimensione sociale della salute impone di rafforzare l'integrazione socio-sanitaria e la comunicazione pubblica su strutture e prestazioni presenti sul territorio, comprese quelle private.

La carenza di accesso e simmetria riferita alle informazioni sanitarie, già problematica nel settore pubblico nel suo complesso, rende più difficile la circolazione di dati e conoscenze e ostacola l'orientamento del cittadino. Perciò, oltre alla formazione dei professionisti occorre investire sull'educazione degli utenti: informazione su servizi realmente ottenibili, regole di accesso e fruizione rispettosa, prevenendo anche fenomeni di aggressività verso il personale, che non possono essere letti come mere espressioni di insoddisfazione.

Un nodo concreto è l'orientamento al primo accesso: senza un'adeguata alfabetizzazione sanitaria e indicazioni chiare, i cittadini faticano a graduare il bisogno e a scegliere il luogo giusto (Case della comunità, CAU, PS ospedaliero), anche a causa di denominazioni regionali differenti. Serve dunque un circuito collaborativo stabile tra istituzioni locali, operatori pubblici e privati (inclusi i medici di medicina generale – MMG), cittadini e fruitori in evoluzione per provenienza e condizioni socio-economiche. Dove tale circuito si interrompe, aumentano inefficienze, sprechi e distanze tra sistemi; e le nuove strutture rischiano di rimanere contenitori senza contenuto, se non sorrette da processi, competenze e comunicazione effettiva.

Nel complesso, la sanità territoriale non è uno slogan geografico ma un criterio funzionale per riprogettare il SSN intorno al bisogno reale, combinando prossimità fisica, tecnologie digitali e domiciliarità; per riuscirci occorrono: una ricognizione integrale dell'offerta (pubblica e privata) e il suo ordinato impiego; programmazione regionale fondata su fabbisogni e risultati; regole di accreditamento che premiano qualità e continuità; investimenti nelle persone (professionisti e cittadini) e nella conoscenza; responsabilità chiare lungo la filiera; e un uso accorto delle risorse, che la Costituzione oggi esige di trattare come spesa necessaria per il diritto fondamentale alla salute.

È in questo equilibrio – tra territorio e sistema, concorrenza regolata e integrazione, prossimità e innovazione – che la riforma può trasformarsi da “dimensione” evocata in contenuto realmente innovativo.

RELAZIONI / PONENCIAS

Il servizio pubblico di assistenza sanitaria: dalla concorrenza aperta alla programmazione. Il ruolo degli operatori privati e la parità di trattamento

NICOLA AICARDI

SOMMARIO: 1. Introduzione: il diritto all'assistenza sanitaria nella Costituzione; l'istituzione del servizio sanitario nazionale e la sua attuale imputazione alle Regioni. – 2. La libertà di scelta degli utenti e le ragioni a sostegno di un modello organizzativo pluralistico del servizio pubblico, aperto anche agli operatori privati. – 3. Un modello organizzativo irrealizzato del servizio pubblico: il sistema “aperto” concepito nei primi anni Novanta. – 4. La programmazione pubblica e il ruolo (complementare) degli operatori privati nel vigente modello organizzativo del servizio pubblico c.d. delle “tre A”. – 5. La convalida del modello organizzativo programmato del servizio pubblico da parte della giurisprudenza. – 6. La parità di accesso e i criteri di selezione degli operatori privati nel modello organizzativo programmato del servizio pubblico.

1. Introduzione: il diritto all'assistenza sanitaria nella Costituzione; l'istituzione del servizio sanitario nazionale e la sua attuale imputazione alle Regioni

«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»: questo, come tutti sanno, è quanto recita il comma primo dell'art. 32 della nostra Costituzione.

Per l'epoca in cui fu emanata (1948), la disposizione era indubbiamente all'avanguardia, se si pensa che l'elevazione del diritto alla salute a principio costituzionale non ricorre in alcuna delle costituzioni europee coeve a quella italiana: né, ad esempio, nella Legge fondamentale tedesca del 1949 né nella Costituzione francese del 1958 e neppure nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Bisogna arrivare alle costituzioni degli anni Settanta del XX secolo, che certamente ebbero la Costituzione italiana tra le fonti di ispirazione, per trovare disposizioni simili, come nella Costituzione spagnola del 1978, all'art. 43¹. Dalle costituzioni nazionali, la configurazione del diritto alla

¹ Artículo 43. «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los

salute come principio di rango primario è poi transitata, sul finire del XX secolo, anche nel diritto dell'Unione europea: l'odierno art. 168, par. 1, comma primo TFUE, che trae origine dalle innovazioni introdotte con i Trattati di Maastricht (1992) e di Amsterdam (1997), attribuisce all'Unione europea il compito di garantire «un livello elevato di protezione della salute umana», facendo della salute un elemento da prendere in considerazione «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e le attività dell'Unione»; l'art. 35 CDFUE (2000 e 2007) afferma, poi, che «[o]gni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali».

L'art. 32 Cost. rende costituzionalmente doverose politiche pubbliche di tutela della salute, le quali devono coinvolgere, secondo le rispettive competenze, tutti i livelli di governo, al cui insieme, nel contesto della Costituzione, il termine «Repubblica» è collettivamente riferito.

Queste politiche attengono, da un lato, all'igiene pubblica, e cioè agli interventi regolativi e di ordine (tornati, purtroppo, di preminente attualità ai tempi della pandemia da Covid), volti a garantire alla collettività condizioni di vita adeguate dal punto di vista igienico-sanitario e a prevenire o rimuovere situazioni di compromissione della salute pubblica; dall'altro lato all'assistenza sanitaria, ossia alla fornitura ai singoli, a domanda individuale, di prestazioni sanitarie di prevenzione, cura e riabilitazione. All'intervento pubblico, nelle due forme ora indicate, l'art. 32 Cost. correla situazioni soggettive di vantaggio, che qualifica rispettivamente come «interesse» della collettività e come «diritto» fondamentale dell'individuo.

Per quanto riguarda il diritto fondamentale dell'individuo all'assistenza sanitaria, il precetto costituzionale pone – in sostanza – le basi per l'istituzione, l'organizzazione e l'erogazione del relativo servizio pubblico, il quale è, dunque, un servizio pubblico costituzionalmente obbligatorio, ad attivazione necessaria. Come affermato dalla Corte costituzionale, «il diritto alla salute, previsto dall'art. 32, implica il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la sua tutela»².

La compiuta attuazione di questo precetto è giunta, peraltro, solo a distanza di circa trent'anni, con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, che

poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio». Si vedano anche l'art. 21, comma 3, della Costituzione greca del 1975 e l'art. 64 della Costituzione portoghese del 1976.

² Corte cost., 17 luglio 1998, n. 267.

ha istituito il servizio sanitario nazionale come servizio pubblico universalistico e solidaristico³, superando il precedente sistema mutualistico, il quale peccava di gravi disorganicità e disparità di trattamento.

La legge n. 833/1978 è stata poi affiancata dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (a sua volta più volte modificato e integrato, in particolare ad opera del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229), il quale contiene l'attuale disciplina organizzativa del servizio sanitario nazionale, articolato come «complesso» e dunque come sommatoria dei «servizi sanitari regionali» facenti capo alle Regioni⁴, le quali sono le amministrazioni cui è primariamente imputata la titolarità e la responsabilità della relativa regolazione, organizzazione e gestione.

Il servizio sanitario nazionale non si configura più, pertanto, come servizio attribuito alla responsabilità concorrente di più livelli istituzionali, ma come un sistema articolato nei singoli servizi sanitari regionali, ciascuno di pertinenza della rispettiva Regione. Esso continua a trovare una disciplina unitaria a livello statale sia per quanto concerne la definizione dei principi fondamentali nella materia di legislazione concorrente «tutela della salute» (art. 117, comma terzo, Cost.) sia per quanto attiene alla determinazione dei livelli essenziali di assistenza, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale e resi accessibili a tutti, indipendentemente dalla Regione di residenza o di iscrizione al servizio. Tale determinazione rientra nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lett. *m*), Cost., nonché, per evidenti esigenze di esercizio unitario, nella competenza amministrativa statale *ex* art. 118, comma primo, Cost.

Nell'ambito dei principi fondamentali fissati dalla legislazione statale, le Regioni esercitano la propria potestà legislativa in materia di organizzazione del servizio sanitario regionale, il che ha ulteriormente contribuito alla formazione di modelli organizzativi anche sensibilmente differenziati tra loro.

³ Il servizio sanitario nazionale è istituito come strumento esplicito di attuazione dell'art. 32 Cost., secondo quanto dispone l'art. 1, comma primo, della legge n. 833/1978, per cui «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale».

⁴ L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 502/1992 definisce il «Servizio sanitario nazionale» come «complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali» (fatte salve le «altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale»).

2. La libertà di scelta degli utenti e le ragioni a sostegno di un modello organizzativo pluralistico del servizio pubblico, aperto anche agli operatori privati

Il dibattito sul diritto costituzionale all'assistenza sanitaria ruota, da sempre, attorno a due questioni fondamentali. Fino a che punto questo diritto può e deve essere garantito? E da parte di chi?

Riguardo al primo profilo, ci si limita qui a osservare che il diritto all'assistenza sanitaria, secondo pacifica giurisprudenza costituzionale, è un diritto finanziariamente condizionato, che deve essere bilanciato con le esigenze di contenimento della spesa pubblica, ma che deve comunque essere garantito nel suo nucleo essenziale. Tale nucleo è identificabile nelle prestazioni comprese nei livelli essenziali di assistenza, uniformemente definiti a livello statale⁵, alla cui doverosa erogazione corrisponde una spesa costituzionalmente necessaria, non comprimibile per esigenze di equilibrio di bilancio⁶.

Quanto, invece, al secondo profilo – sul quale ora si concentrerà l'analisi – acquista rilievo un tratto che si configura come peculiare, o comunque particolarmente significativo, nel caso del diritto all'assistenza sanitaria: la centralità del profilo soggettivo dell'erogatore delle prestazioni.

In ambito sanitario, l'interesse degli utenti – cioè di tutti noi – a scegliere il luogo di cura e il professionista cui affidarsi costituisce un elemento imprescindibile, sia per la natura primaria del bene salute, sia per la rilevanza che, soprattutto nelle prestazioni specialistiche e ospedaliere, rivestono la qualità delle strutture e la competenza dei soggetti che le erogano e nelle cui mani ci si affida.

Ne consegue che, nell'organizzazione del servizio sanitario, deve essere tenuto in massima considerazione il principio di libera scelta, da parte degli utenti, del luogo di cura e del professionista.

L'attuazione di questo principio implica, a sua volta, la necessità di un assetto pluralistico dell'offerta di prestazioni sanitarie, nel quale anche gli operatori privati, ove in possesso dei requisiti prescritti, possano accedere alla qualifica di erogatori del servizio pubblico: diversamente, la libertà di scelta risulterebbe meramente formale, in quanto circoscritta ai soli soggetti pubblici.

⁵ Ai sensi dell'art. 1, comma 554, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

⁶ Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, richiamata, da ultimo, da Corte cost., 21 luglio 2025, n. 114.

D'altra parte, in un settore come quello dell'assistenza sanitaria, che per vincolo costituzionale deve essere – come si è detto – in larga misura finanziato mediante risorse pubbliche, la garanzia della libertà di iniziativa economica privata *ex art. 41 Cost.* non può ritenersi limitata alla sola erogazione di prestazioni a pagamento, ma deve estendersi alla possibilità, per gli operatori privati, di assumere la veste di gestori del servizio pubblico.

Va inoltre considerato che l'art. 32 Cost. non impone che il servizio di assistenza sanitaria sia necessariamente erogato tramite strutture pubbliche; questo diversamente da quanto previsto dai successivi artt. 33, comma secondo, in materia di istruzione (il quale rende doverosa l'istituzione di «scuole statali per tutti gli ordini e gradi»), e 38, comma quarto, in materia di assistenza e previdenza sociale (cui devono provvedere «organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato»). Il servizio sanitario è dunque pubblico quanto alla funzione, ma non necessariamente quanto ai soggetti chiamati a garantirne l'erogazione.

Tale conclusione risulta ulteriormente avvalorata, dopo la riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione (2001), dall'art. 118, comma quarto, Cost., il quale fa carico a tutti i livelli di governo di «favori[re] l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Né l'individuazione di soggetti privati quali erogatori di prestazioni sanitarie in regime di servizio pubblico può essere riguardata – se non in base a un pregiudizio ideologico – come un arretramento della sanità pubblica. Al contrario, appare innegabile che l'operatore privato che assume la veste di gestore del servizio pubblico, accettandone integralmente obblighi e vincoli, entra a far parte, a pieno titolo, dell'organizzazione della sanità pubblica.

In definitiva, il ricorso – anche integrale, in ipotesi – a operatori privati per l'erogazione di prestazioni sanitarie in regime di servizio pubblico appare coerente con l'assetto costituzionale e funzionale a promuovere e garantire, nella massima misura possibile, l'attuazione del principio di libertà di scelta degli utenti.

3. *Un modello organizzativo irrealizzato del servizio pubblico: il sistema "aperto" concepito nei primi anni Novanta*

Un modello organizzativo di erogazione delle prestazioni di assistenza specialistica e ospedaliera a carico del servizio pubblico aperto a una pluralità indeterminata di operatori – anche privati – in concorrenza tra

loro, e dunque idoneo a massimizzare il principio di libertà di scelta degli utenti, era stato delineato, oltre trent'anni fa, per effetto della riforma di cui al d.lgs. n. 502/1992, come specificamente riveduta, sul punto, dall'art. 6, commi 6 e 7, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (legge di finanza pubblica per il 1995), tra gli ultimi interventi del Governo dell'epoca, di impronta liberista⁷.

Secondo questo assetto – in estrema sintesi – le prestazioni potevano essere fornite non solo da strutture sanitarie pubbliche, ma anche da strutture sanitarie e professionisti privati che avessero ottenuto l'accreditamento quali operatori del servizio pubblico, accreditamento il quale era configurato come atto sostanzialmente dovuto, oggetto di un vero e proprio «diritto»⁸, essendo subordinato unicamente alla verifica del possesso dei requisiti tecnici necessari per l'esercizio delle attività sanitarie; la remunerazione delle prestazioni rese doveva poi avvenire, per tutti gli operatori, pubblici e privati, sulla base di tariffe predeterminate dalle Regioni, alle quali competevano altresì i controlli sulla qualità delle prestazioni rese.

Si dava così luogo a un sistema aperto, in cui il numero dei soggetti gestori del servizio pubblico non era programmato, ma coincideva automaticamente con l'insieme degli operatori pubblici e privati accreditati, e al contempo concorrenziale, perché ciascun operatore era incentivato ad accrescere l'efficienza e la qualità del servizio offerto, al fine di attrarre la domanda dell'utenza – cui era riconosciuta piena libertà di scelta – e incrementare così la propria quota di finanziamento pubblico, commisurata non ai costi di mantenimento (attraverso rimborsi “a piè di lista”), bensì ai volumi delle prestazioni effettivamente erogate.

Il corretto funzionamento di un modello così concepito, tuttavia, era difficilmente compatibile con la presenza dominante di strutture sanitarie pubbliche, organizzate in regime di diritto pubblico (le quali, fintantoché esistono, non possono che essere mantenute a carico della spesa pubblica, anche qualora risultino sottoutilizzate per non essere fatte oggetto delle scelte degli utenti). Inoltre, l'apertura generalizzata agli operatori privati rischiava di indurre questi ultimi a privilegiare l'erogazione delle prestazioni maggiormente remunerative, con il rischio di compromette-

⁷ Governo Berlusconi I, Ministro (allora) della Sanità l'esponente liberale Raffele Costa.

⁸ In questi termini si esprimeva il comma 6, terzo periodo del cit. art. 6, legge n. 724/1994. Secondo Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416, questa norma «esclude[va] in radice una scelta ampiamente discrezionale ed ancora[va] l'accreditamento al possesso di requisiti prestabiliti».

re il principio di appropriatezza delle cure e di accentuare un assetto eccessivamente “ospedalocentrico” dell’offerta sanitaria. In aggiunta, il sistema di remunerazione a tariffa lasciava non adeguatamente finanziate attività essenziali, ma non qualificabili come prestazioni di cura in senso stretto, quali la ricerca scientifica, la didattica, la prevenzione e il pronto soccorso, e poteva compromettere gli investimenti più complessi, ammortizzabili in tempi troppo lunghi, e la sufficienza dell’offerta nelle aree più periferiche e disagiate.

Ai fini della compiuta attuazione del sistema aperto sarebbero stati necessari, perciò, ulteriori interventi volti a garantire la piena parità di condizioni concorrenziali, quali, da un lato, la trasformazione anche delle strutture sanitarie pubbliche in soggetti operanti a proprio rischio economico e, dall’altro, l’introduzione di meccanismi compensativi trasparenti, in aggiunta alla remunerazione a tariffa, connessi all’imposizione di oneri di servizio pubblico per le attività sanitarie non remunerative o, comunque, non contendibili sul mercato.

Sarebbe occorsa, a tal fine, una chiara volontà politica, di stampo liberista, che tuttavia non trovò ulteriore spazio nel contesto dell’epoca, con la conseguenza che il modello organizzativo così delineato si rivelò, in ultima analisi, irrealistico e restò di fatto inattuato.

4. *La programmazione pubblica e il ruolo (complementare) degli operatori privati nel vigente modello organizzativo del servizio pubblico c.d. delle “tre A”*

L’impianto del sistema aperto – mai concretamente messo in opera – fu subito smentito dalla legislazione successiva al 1994⁹, culminata nella “controriforma” di cui al già ricordato d.lgs. n. 229/1999, modificativo del d.lgs. n. 502/1992, promossa da un Governo di orientamento dirigista¹⁰.

Il nuovo modello organizzativo per l’erogazione delle prestazioni specialistiche e ospedaliere nel contesto del servizio pubblico portato a compimento dal d.lgs. n. 229/1999, tuttora in vigore, si basa sul sistema c.d. delle “tre A” (e cioè sulla sequenza dei tre procedimenti di autoriz-

⁹ Art. 2, comma 8, legge 28 dicembre 1995, n. 549; art. 1, comma 32, legge 23 dicembre 1996, n. 662; art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997, n. 449; d.P.R. 14 gennaio 1997.

¹⁰ Governo D’Alema I, Ministro (allora) della Sanità l’esponente del partito popolare (erede politico della sinistra democristiana) Rosaria Bindi, dalla quale prende il nome la riforma di cui al d.lgs. n. 229/1999.

zazione, accreditamento e accordo), il quale funziona – semplificando all'estremo – come di seguito descritto¹¹.

In primo luogo, la realizzazione di qualunque struttura sanitaria e l'esercizio delle attività sanitarie¹², anche non in regime di servizio pubblico, sono subordinati ad autorizzazione, rilasciata in presenza di standard minimi di qualità e sicurezza uniformemente stabiliti a livello statale. Peraltro, nel caso di costruzione di nuove strutture (ma anche di adattamento, diversa utilizzazione, ampliamento, trasformazione o trasferimento di strutture già autorizzate) l'autorizzazione è altresì subordinata alla previa verifica, da parte della Regione, della compatibilità del progetto «in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture».

Le strutture e i professionisti autorizzati possono poi ottenere l'accreditamento istituzionale, che consente loro, in via potenziale, di operare «per conto» del servizio pubblico. L'accreditamento è rilasciato dalla Regione a seguito della positiva valutazione sia della sussistenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli minimi richiesti per l'autorizzazione, anch'essi individuati sulla base di un modello uniforme definito a livello statale, sia della «funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale», oltre che dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.

Con le strutture accreditate e i professionisti sono infine stipulati, dalla competente amministrazione sanitaria, accordi contrattuali, in forza dei quali i primi divengono gestori effettivi del servizio pubblico e possono erogare prestazioni «a carico» di questo, nei limiti dei programmi di attività e dei volumi in essi concordati e dietro remunerazione che, a seconda del tipo di prestazioni, è determinata a tariffa, entro limiti massimi fissati a livello statale, ovvero a funzione in base a costi standard, anch'essi definiti a livello statale.

Gli utenti possono esercitare la libertà di scelta presso i soggetti accreditati nei limiti delle tipologie e dei volumi di prestazioni oggetto degli accordi contrattuali.

Da quanto illustrato emerge in tutta chiarezza che, nel modello organizzativo vigente, la possibilità per gli operatori privati di assumere la ve-

¹¹ Le norme di riferimento sono gli artt. da 8-*bis* a 8-*sexies* del d.lgs. n. 502/1992, come introdotti dal d.lgs. n. 229/1999.

¹² Poiché la norma prevede due distinti provvedimenti di autorizzazione alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie, talvolta si parla di sistema delle "4A".

ste di gestori del servizio pubblico non deriva (più) da atti di ammissione a contenuto vincolato e dal conseguente libero gioco della concorrenza, ma è il frutto di valutazioni programmatiche e organizzative discrezionali dell'amministrazione titolare del servizio.

Mentre per gli operatori pubblici la funzionalità alla programmazione dell'offerta di assistenza sanitaria deve ritenersi sussistente *in re ipsa*, trattandosi di soggetti il cui esclusivo scopo istituzionale è l'erogazione del servizio pubblico (sicché, in mancanza, verrebbe meno la loro stessa ragione d'essere), per gli operatori privati persino la realizzazione di nuove strutture sanitarie, anche indipendentemente dal loro inserimento nell'organizzazione del servizio pubblico, è subordinata a un vaglio di compatibilità con le strutture già insediate sul territorio, e dunque a forme di contingentamento suscettibili di ledere la libertà d'impresa *ex art. 41 Cost.* Inoltre, il loro riconoscimento come gestori effettivi del servizio pubblico, pur in presenza dei requisiti tecnici ulteriori richiesti per l'accreditamento, non costituisce (più) un diritto, ma è condizionato a valutazioni, latamente discrezionali, circa la necessità della loro attività ai fini dell'integrazione dell'offerta pubblica nonché al rispetto dei limiti quantitativi massimi stabiliti negli accordi contrattuali.

In questo modo, l'offerta privata di prestazioni in regime di servizio pubblico, fermo restando il doveroso possesso dei necessari requisiti tecnici, risulta subordinata alle scelte programmatiche di indirizzo politico-amministrativo di ciascuna Regione – scelte che, nei fatti, si sono rivelate anche significativamente differenziate – e si colloca su un piano di complementarità rispetto all'offerta pubblica, e non in competizione con essa.

Tale modello organizzativo consente, indubbiamente, un maggiore controllo della spesa sanitaria rispetto a un sistema di tipo aperto, perché i flussi finanziari sono programmati e ripartiti dal titolare del servizio tra i soggetti gestori e non dipendono esclusivamente dalle opzioni degli utenti; inoltre, la programmazione del numero e dell'attività degli erogatori riduce il rischio di sottoutilizzazione delle strutture pubbliche.

È tuttavia evidente che esso comporta una sensibile compressione tanto della libertà di scelta degli utenti – esercitabile solo nei confronti degli erogatori accreditati titolari di accordi contrattuali in essere e nei limiti dei relativi volumi – quanto della concorrenza tra gli erogatori, i quali non sono incentivati a migliorare la qualità e l'efficienza del servizio, mancando la prospettiva di acquisire ulteriori quote di mercato, attraverso le libere scelte degli utenti, oltre i tetti di attività concordati.

In particolare, con riguardo alla libertà di scelta degli utenti, essa può

subire restrizioni irragionevoli e discriminatorie in relazione al momento di insorgenza del bisogno di cura. Infatti, utenti affetti dalla medesima patologia, che intendano accedere a una determinata struttura, possono ottenere o meno soddisfazione della propria pretesa a seconda che la prestazione sia richiesta prima o dopo il raggiungimento dei volumi massimi erogabili da tale struttura. Ne consegue che la tutela del diritto alla salute risulta, in concreto, diversamente garantita secondo un criterio meramente temporale, di per sé irragionevole, atteso che il bisogno di cure non è, nella maggior parte dei casi, né prevedibile né programmabile.

5. La convalida del modello organizzativo programmato del servizio pubblico da parte della giurisprudenza

Nonostante le criticità ora evidenziate e le ragioni, sopra illustrate al par. 2, a sostegno del pluralismo dell'offerta sanitaria, il modello organizzativo del servizio pubblico delineato dal d.lgs. n. 229/1999 ha, nel complesso, superato indenne il vaglio giurisprudenziale.

Il limite alla localizzazione sul territorio di nuove strutture sanitarie private, anche quando operano al di fuori del servizio pubblico, è stato ritenuto ragionevole dalla giurisprudenza amministrativa, pur con l'avviso contrario dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹³ e il tentativo, circa dieci anni fa, di abolire tale previsione¹⁴ da parte di un Governo di orientamento riformista¹⁵. Secondo i giudici amministrativi¹⁶, ma anche la stessa Corte costituzionale che ne ha richiamato e condiviso l'orientamento¹⁷, questo limite risponde a due esigenze: da un lato, evitare un eccesso di offerta che potrebbe ridurre la redditività delle strutture, con conseguenze negative sulla qualità dei servizi e, quindi, sul diritto alla salute, oltre a incoraggiare pratiche scorrette nell'orientamento delle scelte dei pazienti; dall'altro, garantire che le nuove strutture vengano realizzate dove sono realmente necessarie, assicurando una distribuzione

¹³ Da ultimo, AS 1730, del 22 marzo 2021, "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021", Cap. VI, lett. A.

¹⁴ La previsione fu abrogata dall'art. 27, comma 2, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, ma, successivamente, tale modifica non fu confermata dalla legge di conversione (legge 11 agosto 2014, n. 114).

¹⁵ Governo Renzi, Ministro della Salute l'esponente centrista Beatrice Lorenzin.

¹⁶ Tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2021, n. 5591.

¹⁷ Corte cost., 22 gennaio 2021, n. 7.

equilibrata e adeguata dei servizi sanitari sul territorio, sempre a tutela del diritto alla salute.

Con riguardo, poi, alla libertà di scelta degli utenti, la giurisprudenza costituzionale ha dato atto come «subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In questo modo si è temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle Regioni e la stipula di appositi "accordi contrattuali" tra le... [amministrazioni] competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili»; pertanto, per effetto di questa evoluzione della legislazione, «il principio di libera scelta» non ha (più) carattere «assoluto, dovendo invece essere temperato con altri interessi, costituzionalmente tutelati»¹⁸.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha altresì escluso, di conseguenza, la sussistenza di un principio di necessaria equiordinazione tra strutture sanitarie pubbliche e private, evidenziando la «doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica» delle prime, ossia il loro carattere di figure a esistenza e operatività necessarie, che comporta un «obbligo di prestare i servizi» anche a prescindere da tetti di spesa, obbligo non ugualmente configurabile, invece, in capo alle seconde¹⁹.

Anche la giurisprudenza europea ammette, con orientamento consolidato, che esigenze di tutela della salute pubblica – tra le quali rientrano quelle di garantire un servizio sanitario di qualità, equilibrato e accessibile a tutti e di prevenire il rischio di gravi squilibri finanziari del sistema – possono giustificare, ai sensi dell'art. 52 TFUE, restrizioni alle libertà di circolazione e di stabilimento, purché coerenti e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito. In particolare, tali esigenze possono rendere ammissibili anche forme di contingentamento e di programmazione dell'offerta sanitaria (anche al di fuori del servizio pubblico), ove risultino necessarie per

¹⁸ Corte cost., 26 maggio 2005, n. 200.

¹⁹ Corte cost., 2 aprile 2009, n. 94, che richiama anche Corte cost., 18 marzo 2005, n. 111. Nello stesso senso, Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203, la quale afferma che «il principio di concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e di libera scelta dell'assistito non è assoluto e va temperato con gli altri interessi costituzionalmente protetti».

«evitare, per quanto possibile, ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane» e per «colmare lacune nell'accesso alle cure... ed evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo da garantire un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, estesa all'intero territorio e attenta anche alle regioni geograficamente isolate o svantaggiate»²⁰.

Sempre in ambito europeo, si segnala il rigetto, da parte della Commissione europea, con decisione confermata in sede giurisdizionale²¹, di una denuncia presentata da una struttura sanitaria privata accreditata operante in Lazio che ipotizzava la presenza di indebiti aiuti di Stato a favore delle strutture sanitarie pubbliche, derivanti dal finanziamento dei loro disavanzi con risorse pubbliche, nel presupposto dell'esistenza di un mercato concorrenziale tra operatori sanitari pubblici e privati basato sulle libere scelte degli utenti: la denuncia è stata respinta in ragione del ravvisato carattere non economico del servizio assicurato dalle strutture sanitarie pubbliche e, quindi, della loro non comparabilità alle strutture private.

6. *La parità di accesso e i criteri di selezione degli operatori privati nel modello organizzativo programmato del servizio pubblico*

Preso atto dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, che hanno riconosciuto la sostanziale compatibilità costituzionale ed euro-unitaria del modello organizzativo vigente – modello in cui, come si è detto, le strutture sanitarie private non operano (più) in un mercato aperto e concorrenziale in condizioni di parità con quelle pubbliche, ma soltanto entro i limiti dei segmenti loro assegnati dalle programmazioni regionali – assume rilievo centrale l'esigenza di garantire, tra gli operatori privati, una piena ed effettiva parità di condizioni nell'accesso a detti segmenti.

Questa esigenza rileva, come è evidente, non solo sotto il profilo pro-concorrenziale e del buon impiego delle risorse pubbliche, ma anche ai fini della migliore tutela del diritto alla salute.

Alcune indicazioni in questa direzione erano già rinvenibili nel d.lgs. n. 229/1999, il quale, ad esempio, consentiva la definizione degli accordi

²⁰ Corte Giust. CE, 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, punti 49 e 52.

²¹ Decisione della Commissione C(2017) 7973 def., del 4 dicembre 2017, Aiuto di Stato SA.39913 (2017/NN) – Italia Presunta compensazione delle strutture ospedaliere pubbliche in Lazio, giudicata legittima da Trib. UE, 2 giugno 2021, in causa T-223/18, *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo/Commissione europea*, confermata in appello da Corte Giust. UE, 27 aprile 2023, causa C-492/21 P.

contrattuali anche sulla base di «valutazioni comparative della qualità e dei costi» e prefigurava la facoltà delle Regioni di effettuare accreditamenti anche in misura eccedente il fabbisogno programmato, al fine di «assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate»²².

Mancava, tuttavia, una disciplina organica dei criteri di rilascio degli accreditamenti e, soprattutto, di stipula degli accordi contrattuali, tale da evitare decisioni non obiettive, rimesse alla mera discrezionalità – se non all'arbitrio – delle amministrazioni competenti.

In questo contesto, un ruolo significativo verso il rafforzamento delle garanzie di accesso degli operatori privati è stato svolto dalla giurisprudenza. La Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le disposizioni regionali che determinavano un blocco indefinito dei nuovi accreditamenti e della stipulazione di nuovi accordi, in quanto lesive dei principi di uguaglianza tra operatori e di libertà di scelta degli utenti²³. Parallelamente, la giurisprudenza amministrativa ha più volte censurato sia le proroghe automatiche degli accordi contrattuali sia l'assegnazione dei tetti di spesa fondata esclusivamente sul criterio della c.d. spesa storica, in quanto tali pratiche ostacolano l'ingresso di nuovi operatori e disincentivano il miglioramento dell'efficienza e della qualità delle prestazioni rese²⁴.

A ciò si è affiancata anche un'intensa attività di *advocacy* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁵.

²² Così rispettivamente, l'art. 8-*quinquies*, comma 2, e l'art. 8-*quater*, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 502/1992, come riformato dal d.lgs. n. 229/1999 (la prima previsione è stata ora modificata dalla legge n. 118/2022, di cui si dirà *infra*).

²³ Corte cost., 7 novembre 2008, n. 361.

²⁴ Si vedano, per tutte, Cons. Stato, Sez. III, 4 gennaio 2024, n. 174 e Cons. Stato, Sez. III, 29 maggio 2023, n. 5255 e ivi precedenti in termini. Si veda anche Cons. Giust. Amm. Sic., 27 febbraio 2025, n. 130, che ha rivolto, in argomento, vari quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia UE, presso la quale il rinvio attualmente pende in causa C-181/25, *Assessorato regionale della Salute*.

²⁵ AS 1886 del 3 aprile 2023, "Regione Liguria – Accordi contrattuali con gli erogatori privati accreditati per l'erogazione di prestazioni sanitarie"; AS 1882 del 2 marzo 2023, "Regione Puglia – Ripartizione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica anno 2023"; AS 1834 del 3 marzo 2022, "Regione Campania – Volumi massimi di prestazioni e correlati limiti di spesa per l'assistenza specialistica ambulatoriale da privato – Esercizio 2022"; AS 1812 del 21 dicembre 2021, "Regione Sardegna – Criteri di attribuzione del budget per le strutture sanitarie private convenzionate triennio 2021-2022-2023"; AS 1616 del 9 settembre 2019, "Regione Basilicata – Determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato per gli anni 2019-2020"; AS 1582 del 29 gennaio 2019, "Regione Sicilia – Determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato – Biennio 2018-2019"; AS 1539 del 2 agosto 2018, "Regione Basilicata – Definizio-

Un impulso ulteriore è poi derivato dal PNRR-Piano nazionale di ripresa e resilienza, che ha incluso tra le riforme abilitanti, da approvare ai fini della promozione della concorrenza, l'introduzione di «modalità e criteri più trasparenti nel sistema di accreditamento, anche al fine di favorire una verifica e una revisione periodica dello stesso, sulla base dei risultati qualitativi ed effettivamente conseguiti dagli operatori».

In attuazione di queste indicazioni è intervenuta la legge 5 agosto 2022, n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, il cui art. 15, tra l'altro, ha previsto la definizione, a livello statale, di modalità uniformi di svolgimento delle attività di «controllo, vigilanza e monitoraggio per la valutazione delle attività erogate [dalle strutture accreditate] in termini di qualità, sicurezza ed appropriatezza» e ha stabilito che la selezione dei «soggetti privati» con cui stipulare gli accordi contrattuali avvenga «periodicamente, tenuto conto della programmazione sanitaria regionale», mediante «procedure trasparenti, eque e non discriminatorie, previa pubblicazione da parte delle Regioni di un avviso contenente criteri oggettivi di selezione, che valorizzino prioritariamente la qualità delle specifiche prestazioni sanitarie da erogare» e tenuto conto, «per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta» e degli «esiti delle attività di controllo, vigilanza e monitoraggio» su tale attività²⁶.

Questa disciplina è stata tuttavia successivamente sospesa, fino al 31 dicembre 2026, dall'art. 36, comma 1, della legge 16 dicembre 2024, n. 193, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, la quale ha contestualmente previsto una più vasta «revisione complessiva» della materia degli accreditamenti e degli accordi contrattuali, affidata a un apposito «Tavolo» relativo al «sistema di accreditamento nazionale» istituito presso la Conferenza permanente Stato-Regioni, i cui esiti dovranno essere sottoposti ad apposita intesa nell'ambito della medesima Conferenza.

ne dei criteri per la determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato»; AS 1524 del 19 luglio 2018, «Regione Sicilia – Definizione dei criteri per la determinazione degli aggregati di spesa per l'assistenza specialistica da privato»; AS 1522 del 18 aprile 2018, «Regione Basilicata – Accreditamento delle strutture sanitarie»; AS 1234 del 5 novembre 2015, «Regione Puglia – Interventi in materia sanitaria»; AS 1181 del 24 dicembre 2014, «Regione Calabria – Determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato. Anno 2014»; AS 1142 del 12 agosto 2014, «Distribuzione del tetto di spesa per il triennio 2013/2015 tra le diverse strutture sanitarie private»; AS 1021 del 28 febbraio 2013, «Regione Calabria – Sistema di ripartizione dei fondi del sistema sanitario nazionale tra i laboratori di analisi e strutture di specialistica ambulatoriale accreditati».

²⁶ L'art. 15 della legge n. 118/2022 ha modificato l'art. 8-*quater*, comma 7 e ha inserito il comma 1-*bis* all'art. 8-*sexies* del d.lgs. n. 502/1992.

Ancor più recentemente, il legislatore è intervenuto di nuovo, fissando alcuni criteri direttivi da osservare nell'anzidetta opera di revisione complessiva. Essi sono dettati ai commi 1-*bis* e 1-*ter* del citato art. 36 della legge n. 193/2024, nel testo oggi risultante dall'art. 26, comma 3, del d.l. 19 febbraio 2026, n. 19, conv. con modif. in legge 20 aprile 2026, n. 50²⁷.

In forza di queste previsioni, la selezione dei soggetti privati con cui stipulare gli accordi contrattuali deve avvenire secondo «una procedura ad evidenza pubblica, che, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità, consenta di salvaguardare i livelli occupazionali e la continuità assistenziale articolata per tipologia di paziente o assistito e relativa fragilità». Tale procedura deve prevedere «un sistema premiale che valorizza l'erogatore con riferimento: a) alla capacità di fornire sul territorio i servizi richiesti, alla capillarità dei servizi assicurati e ai volumi delle prestazioni eseguite negli anni; // b) agli investimenti realizzati per migliorare la qualità delle prestazioni e per rinnovare e aggiornare tecnologicamente gli strumenti e i dispositivi utilizzati per l'esecuzione delle prestazioni; // c) all'adeguato rapporto tra personale qualificato impegnato e numero degli assistiti; // d) alla capacità produttiva tale da contribuire a smaltire le liste di attesa nella branca di accreditamento; // e) per le strutture operanti sul territorio per le quali la dimensione organizzativa assume rilievo prevalente rispetto a quella tecnologico-strutturale, all'apporto concretamente dimostrato, anche con riferimento a esperienze pregresse e consolidate nella realizzazione di livelli qualitativamente elevati di assistenza, valorizzando la conoscenza approfondita delle specificità del territorio di riferimento e dei relativi setting assistenziali, con particolare attenzione alle aree caratterizzate da bisogni complessi o da condizioni di fragilità».

Il quadro normativo risulta, dunque, ancora in evoluzione. Un assetto più stabile si potrà ottenere, verosimilmente, in esito ai lavori del suindicato «Tavolo», i cui risultati – si immagina – dovranno essere tradotti, almeno per le disposizioni di principio, in norme di legge.

²⁷ Il comma 1-*bis* era stato già inserito dall'art. 1, comma 12, della legge 18 dicembre 2025, n. 190, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2025 (il quale prevedeva che si dovesse tenere conto, «salvaguardando la concorrenza, anche dell'esigenza di garantire la continuità assistenziale articolata per tipologia di paziente o assistito e relativa fragilità, differenziando, con diverse procedure ad evidenza pubblica, la valutazione tra il rinnovo e le nuove richieste volte alla stipula degli accordi contrattuali»); il relativo testo è stato però sostituito, dopo breve tempo, per effetto dell'art. 26, comma 3, del d.l. n. 19/2026, come riportato in testo.

Un elemento appare tuttavia già acquisito in forza delle previsioni dei riportati commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 36 della legge n. 193/2024, frutto delle modifiche apportate nel corrente anno 2026: la selezione dei soggetti privati con cui saranno stipulati gli accordi contrattuali dovrà avvenire tramite vere e proprie procedure ad evidenza pubblica, effettivamente comparative e trasparenti, e primariamente orientate alla valorizzazione della qualità tecnica e organizzativa degli operatori, in coerenza con le indicazioni poste direttamente dal legislatore.

El Derecho Sanitario español: después de la pandemia

CÉSAR CIERCO SEIRA

SUMARIO: 1. ¿Qué habría de representar, en el ideal, la pandemia del coronavirus en orden a la evolución del derecho sanitario en España?. – 2. El rastro de la pandemia del coronavirus en la renovación del marco normativo y de la estructura institucional para hacer frente a las amenazas de salud pública. – 3. La oportunidad para revisar algunos problemas estructurales del sistema nacional de salud que se han agravado. – 3.1. Los profesionales sanitarios. – 3.2. La digitalización sanitaria y la eclosión de los datos de salud. – 3.3. El modelo de gestión sanitaria pública: el blindaje de la gestión directa. – 4. Final

1. *¿Qué habría de representar, en el ideal, la pandemia del coronavirus en orden a la evolución del derecho sanitario en España?**

Es una evidencia que la pandemia ha tenido un impacto muy significativo en el Derecho Sanitario. No es exagerado afirmar incluso que en algunos apartados la impronta es tan profunda que habrá un antes y un después del coronavirus. Pero, aun así, sin restar vigor a esta constatación, por lo demás, elemental, no me parece procedente hablar de

* He redactado este trabajo pensando, fundamentalmente, en el estudioso italiano, tratando de significar y describir algunas de las claves actuales del Derecho Sanitario español. Me ha animado la voluntad no solo de pasar revista a las novedades más destacadas que ha desencadenado el duro trance de la pandemia, sino de convencer de que el acercamiento a nuestro Derecho Sanitario merece la pena en razón de su riqueza y grado de desarrollo. He intentado, en cierto modo, responder a la misión de la Asociación italo-española de Profesores de Derecho Administrativo, a quien agradezco profundamente la oportunidad que me brindó en el XXIV Congreso, celebrado, con enorme éxito, en la ciudad de Torino. Confieso, además, que mientras preparaba la ponencia y, más tarde, al darle la forma escrita definitiva, he recordado un viejo trabajo que, junto con otros amigos y a sugerencia del Profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, escribimos hace ya más de dos décadas para tratar de acercar al estudioso español el Derecho Administrativo italiano (J. L. BERMEJO LATRE, C. CIERCO SEIRA, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, O. MIR PUIGPELAT y J. VIDA FERNÁNDEZ, «Una aproximación a las fuentes de información jurídico-administrativa italianas: herramientas para investigadores y estudiosos», *Revista de Administración Pública*, 159, 2002, 417-434). Ese viaje de ida y vuelta, tan provechoso para nuestra disciplina, parte de un reconocimiento mutuo del interés por conocer y aproximarse. No otro es el propósito a que sirven estas páginas.

un Derecho Sanitario *post*-pandémico como figurando o pretendiendo algo sustancialmente distinto al Derecho Sanitario *pre*-pandémico. Por mucho que se hayan producido algunas transformaciones radicales, la sustancia permanece y los principios que inspiran esta rama siguen siendo, en lo esencial, los mismos. De igual forma, tampoco creo que estemos ante una nueva era del Derecho Sanitario vinculada a la pandemia en sentido estricto. Cuestión distinta es que la pandemia haya supuesto un revulsivo de cara a afrontar de una vez por todas las rémoras que arrastra desde hace mucho tiempo la contención epidémica y que al tiempo haya puesto de manifiesto carencias del conjunto del sistema sanitario que ya eran conocidas, pero que se nos mostraron descarnadas, situándonos ante un escenario no contemplado hasta ese momento: el colapso.

Sea como fuere, resulta innegable que es un buen momento para realizar balance: porque disponemos de una cierta perspectiva temporal; porque podemos cavilar evitando la presión de tener enfrente unos efectos devastadores inminentes; porque queda lejos la tensión mediática vivida en derredor; y, en fin, porque contamos a estas alturas con una voluminosa literatura, incluyendo una legión de documentos técnicos donde se analiza con detalle qué falló y qué se puede mejorar¹, al tiempo que se definen hojas de ruta y un conjunto de líneas de trabajo².

En lo esencial, este panorama reformista puede reconducirse a dos grandes frentes de acción.

El primero tiene que ver con el *Derecho de pandemias*. Aquí el objetivo es muy claro: toca mejorar nuestras capacidades de preparación y respuesta ante emergencias de salud pública, lo cual pasa, entre otras cosas, por reforzar nuestra arquitectura normativa e institucional, extremadamente precaria (epígrafe II).

¹ Recomiendo la lectura del informe independiente *Evaluación del desempeño del Sistema Nacional de Salud frente a la crisis de la COVID-19. Lecciones de y para una pandemia*, abril de 2023, accesible en https://www.sanidad.gob.es/areas/alertasEmergenciasSanitarias/alertasActuales/nCov/documentos/EVALUACION_DEL_DESEMPEÑO_DEL_SNS_ESPAÑOL_FRENTE_A_LA_PANDEMIA_DE_COVID-19.pdf. En la doctrina científica, un completo recorrido por las claves de la gestión pandémica en M. TAMAYO SÁEZ *et al.*, *Evaluación de la gestión de la pandemia COVID-19 en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

² Valga como muestra el Dictamen de la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica del Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2020: https://www.congreso.es/docu/comisiones/reconstruccion/153_1_Dictamen.pdf.

La segunda atañe al *Derecho de la asistencia sanitaria*. La meta es en este orden más imprecisa porque el campo de actuación es mucho más amplio y los temas a abordar resultan heterogéneos, a la par que complejos. Pero es evidente que debemos aprovechar la ocasión, el impulso que presta todavía la pandemia, para afrontar la reforma pendiente de algunos de los principales problemas que arrastra la sanidad (epígrafe III).

2. *El rastro de la pandemia del coronavirus en la renovación del marco normativo y de la estructura institucional para hacer frente a las amenazas de salud pública*

La crisis sanitaria provocada por la covid-19 ha quedado atrás, pero resta un largo camino hasta revertir por completo sus efectos y, más aún, hasta sentar las bases de una nueva preparación y respuesta a futuras amenazas sanitarias de este calibre.

A. Poco a poco, se van despejando las controversias jurídicas que han generado una mayor conflictividad.

a. Así ocurre con el tratamiento de la *responsabilidad patrimonial* por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de las *medidas adoptadas para contener la pandemia* (suspensión de actividades, limitaciones en el aforo...). Medidas que afectaron intensamente a muchos negocios y actividades económicas y que, en parte por la propia incertidumbre, pero también a causa de los vaivenes en la estrategia y una comunicación del riesgo en ocasiones confusa, dieron pie a un auténtico torrente de reclamaciones. En estos momentos, cabe hablar ya de un criterio asentado en torno a esta cuestión, tanto en la doctrina consultiva como en la jurisprudencia. Con carácter general, se rechaza la existencia de responsabilidad patrimonial con base en la consideración de que los daños y perjuicios carecen de la nota de antijuridicidad exigida para convertirse en lesión resarcible. En pocas palabras: existía el deber de soportarlos como parte de una actuación legítima y proporcional del poder público.

b. Se ha clarificado, por otra parte, el cuadro de la *vacunación* y los desencuentros surgidos a nivel familiar a propósito (i) de los hijos menores de edad y (ii) de las personas mayores con alguna limitación o trastorno mental ingresadas en residencias³. También en esta materia es ya

³ En España, la literatura jurídica en materia de vacunación era escasa, en parte por su carácter recomendado y, sobre todo, por el éxito de los programas de vacunación. Con ocasión de la vacunación contra la covid-19, a pesar de seguir también la estela reco-

identificable un criterio claro, remachado por una línea de jurisprudencia constitucional establecida – en respuesta a una larga serie de recursos de amparo –, que ha servido, por cierto, para dar un fuerte respaldo a la estrategia de vacunación y a las resoluciones judiciales que se habían venido decantando a favor de la misma.

c. La litigación pandémica, de todos modos, no puede darse por cerrada del todo. Va a seguir coleando todavía y debemos estar atentos a sus resultados por la potencia que lo judicial posee como palanca de cambio, especialmente cuando de la Administración se trata. Conviene así tener un ojo puesto en los procesos pendientes – algunos de carácter penal – a cuenta de las responsabilidades exigidas a los gestores de residencias y centros de la tercera edad – donde los estragos se sintieron especialmente –. E importa asimismo aguardar a la resolución de algunos temas que, en razón de su complejidad, se demoran. Acaba de señalarse, por ejemplo, que el grueso de los conflictos en torno a la vacunación se ha resuelto. Quedaba, ello no obstante, una arista y, sorprendentemente, el desenlace se ha apartado del pronóstico – del mío, bajo mi punto de vista⁴ –. Me estoy refiriendo a la responsabilidad patrimonial de la Administración por los *efectos adversos graves* de las vacunas administradas contra la covid-19. El Tribunal Supremo acaba de sentar doctrina a este respecto en su sentencia 61/2026, de 27 de enero. He aquí su conclusión:

«La Administración autonómica encargada de la vacunación contra el Covid-19, – dado el carácter excepcional de la pandemia internacional declarada en marzo de 2020- únicamente deberá responder por la actuación administrativa que derivase de una mala praxis, resultase contraria a la *lex artis ad hoc* o respecto de la cual se acreditase la existencia de una falta de diligencia debida, sin que puedan imputársele todos los efectos adversos producidos, en algunas personas, por la inoculación de las vacunas en aquel contexto de emergencia sanitaria».

mendada, se ha producido una cierta eclosión del interés doctrinal en derredor, paralelo al extraordinario nivel de exposición mediática de esta campaña, de lo que es buena muestra la publicación de monografías específicas como la de J.I. OCHOGAVÍAS COLÁS, *Régimen prestacional, obligatoriedad y responsabilidad por daños en materia de vacunación*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025. Ese interés se explica por la aparición de fricciones que venían siendo marginales en el contexto de la vacunación sistemática ordinaria y por las singulares circunstancias que han rodeado al planteamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los efectos adversos graves.

⁴ A ello me referí en «La huella de la vacunación en lo contencioso-administrativo», *Actas de los trigésimos terceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2024, 123-141.

No puedo en este punto resistirme a abrir un breve paréntesis para introducir una primera valoración, así sea forzosamente sumaria. Y es que, en mi opinión, la conclusión alcanzada resulta discutible⁵. No entraré en el efecto que acaso pueda tener el mensaje que se lanza como desincentivo en campañas de vacunación que en el futuro puedan ser similares e incluso en la propia vacunación sistemática, por más que en este punto el Tribunal Supremo se cuide de puntualizar que sigue en pie la regla de responsabilidad objetiva que él mismo había acuñado para cubrir los accidentes con ocasión de vacunas administradas conforme al calendario. Lo que me parece más discutible es (i) la rebaja o dilución de la virtualidad de la recomendación del poder público en tanto que razón de imputación; (ii) el peso trasladado a la voluntariedad en contextos de excepción; y (iii) el intento de poner en una balanza la utilidad individual y el valor colectivo de la vacunación recomendada como si pudieran pesarse por separado.

B. En lo que hace a la revisión del marco normativo y de la estructura institucional, la valoración dista mucho de ser satisfactoria⁶. Se dirá – y es cierto – que la tarea resulta especialmente exigente debido a la precariedad del punto de partida. Sin embargo, no es tanto la demora lo que inquieta. Preocupa más que en la hoja de ruta fijada se vea en esta reconstrucción una obra menor, que no requiere de una intervención legislativa profunda.

a. El marco normativo de las emergencias de salud pública no solamente no ha sido fortalecido, sino que, bajo de mi punto de vista, se ha debilitado aún

⁵ Una primera crítica, razonada y muy bien construida, en L. MEDINA ALCOZ, *La vida merece menos protección constitucional que la propiedad privada*, Almacén de Derecho, febrero de 2026. <https://almacendederecho.org/la-vida-merece-menos-proteccion-constitucional-que-la-propiedad-privada>. El autor había profundizado en esta cuestión en «Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del covid-19», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 6, 2022, 51-91.

⁶ Debe saber el lector italiano que el debate sobre el sistema constitucional de fuente y la (reserva de) ley y su relación con el hecho pandémico fue en España muy intenso y condicionó muchos de los momentos de la gestión pandémica. Provocó incluso una cierta división en las filas constitucionalistas y administrativistas y entre ambas comunidades especialmente a propósito de dos aspectos cruciales como son la definición del salto (del momento y de su razón) entre el derecho ordinario y el derecho extraordinario de pandemias y, en íntima conexión con ello, del alcance de la reserva de ley orgánica. Existe por ello una amplia literatura. Un retrato completo del estado de la cuestión en V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La teoría general del derecho de crisis aplicada a la lucha contra las epidemias y las pandemias*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 133, 2025, 13-43. Del mismo autor, por cierto, muy solícito durante la pandemia en orden a tratar de ilustrar desde la Academia, puede verse el libro escrito juntamente con F. ARIAS APARICIO y E. HERNÁNDEZ DIEZ, *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid, 2020.

más después de que algunos de los parches ideados por el legislador, estatal y autonómico, para salir del trance, hayan sido declarados inconstitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha anulado los preceptos de diversas leyes autonómicas que venían a crear un catálogo de medidas de respuesta pandémica. Éste era – y sigue siendo – uno de los déficits más notorios de nuestra Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP): la ausencia de una relación que, sin merma de una cláusula discrecional de cierre – imprescindible en razón de la propia incertidumbre y atipicidad que puede envolver a una emergencia de salud pública –, recoja, cuando menos, las medidas típicas que ya tenemos identificadas por su utilización recurrente en las crisis sanitarias. El legislador autonómico, consciente de que esta laguna generaba inseguridad y vacilaciones en la toma de decisiones, decidió dar un paso al frente, justificándolo formalmente bajo el argumento de que venía tan solo a concretar la genérica habilitación contenida en la LOMESP, tratando de evitar así los quebraderos de cabeza que había provocado en la práctica la subsunción de figuras como el cierre perimetral o el pasaporte sanitario.

El Tribunal Constitucional se ha mostrado muy contundente en su rechazo a este planteamiento. A través de una serie jurisprudencial que podemos dar ya por establecida, ha fijado un criterio que reduce considerablemente el margen normativo disponible por el legislador autonómico en materia de crisis sanitarias⁷. La *ratio decidendi* descansa en la vulneración de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la CE para con el desarrollo de los derechos fundamentales, es decir, que el problema se resuelve a partir de la apreciación de una vulneración del sistema constitucional de fuentes, considerando que una regulación de esta naturaleza debe ser aprobada mediante ley orgánica. Queda claro que *el legislador autonómico no es el legislador de pandemias original*, por más que la autoridad sanitaria autonómica sí sea la Administración que de ordinario afrontará en primera línea la pandemia.

La argumentación del Tribunal Constitucional parte en concreto de la premisa de que las medidas de respuesta pandémica catalogadas por el legislador autonómico afectan a derechos fundamentales. Valga como

⁷ Esta serie jurisprudencial está conformada por siguientes sentencias: 136/2024, de 5 de noviembre (Ley del Parlamento de Galicia 8/2021, de 25 de febrero); 141/2024, de 19 de noviembre (Decreto-ley del Gobierno de las Illes Balears 5/2021, de 7 de mayo); 95/2025, de 9 de abril (Decreto-ley del Gobierno de Canarias 11/2021, de 2 de septiembre); y 133/2025, de 10 de junio (Ley del Parlamento Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19).

ejemplo la vacunación, conectada *in via recta* con el derecho a la integridad personal (art. 15 de la CE); el aislamiento o la cuarentena, con la libertad personal (art. 17 de la CE); o las restricciones a la movilidad, entroncadas con la libertad de circulación (art. 19 de la CE).

Esta afectación, además, tiene sentido restrictivo o limitativo en el sentido de que la adopción de la medida lleva aparejada, en caso de incumplimiento, la aplicación de una sanción o bien consecuencias adversas como la imposibilidad de llevar a cabo un trabajo o actividad. Esto último, por cierto, hace que, en este debate, la obligación y la condición se igualen, con importantes repercusiones en el tratamiento, sin ir más lejos, del modelo de vacunación condicionante

A partir de sendas premisas – las medidas *afectan* a derechos fundamentales y su naturaleza es *restrictiva* –, resulta llano para el Tribunal Constitucional que el legislador autonómico ha penetrado en un ámbito reservado al legislador orgánico, pues solo a él corresponde la determinación en negativo del alcance de los derechos fundamentales, esto es, la definición de los concretos supuestos que, amparados por un bien jurídico superior o prevalente, justifican la reducción del ámbito material de protección del derecho.

Diré que esta jurisprudencia constitucional no deja de ser una señal más de los efectos disfuncionales de un marco normativo impreciso e innecesariamente minúsculo en su núcleo. El deslinde de los roles pandémicos de los distintos poderes públicos y de los niveles de gobierno que está quedando consignado avoca a un escenario donde el ideal de la *lex certa* se sitúa cada vez más lejos. Así, asumido el razonamiento del TC sobre el alcance de la reserva de ley orgánica y las limitaciones del legislador autonómico de cara a rellenar posibles lagunas, la situación resultante, por lo que hace a seguridad jurídica, no puede decirse que haya mejorado. Luego si el legislador orgánico (que es el estatal) no toma las riendas, las inseguridades seguirán estando presentes.

Sea como fuere, la reconstrucción *legal* de ese marco normativo no figura en la hoja de ruta trazada⁸. Sí se está avanzando a escala reglamentaria y de planificación. Se conoce, en este sentido, que el fortalecimiento de la arquitectura normativa no va a pasar por más ley, sino por un despliegue en planos inferiores. Para ser más precisos, se ha fiado la

⁸ Esa hoja de ruta se contiene, en lo esencial, en dos Estrategias: la *Estrategia de Seguridad Nacional* (2021) y la *Estrategia de Salud Pública* (2022).

densificación a la figura de los *Planes de preparación y respuesta frente a alertas sanitarias*, que recoge el nuevo art. 13 *bis* de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)⁹.

Sobre el contenido de estos planes apenas se dice nada, aparte de señalar que su finalidad última ha de ser la respuesta eficaz y coordinada ante situaciones de riesgo para la salud pública. Sabemos, en todo caso, que habrá, como mínimo, dos niveles. De una parte, el nivel estatal, ocupado por el *Plan estatal de preparación y respuesta frente a alertas sanitarias*, aprobado mediante real decreto; de otra, el nivel autonómico, donde harán aparición los planes homólogos aprobados por cada Comunidad Autónoma¹⁰. Todo lo cual, a su vez, ha de leerse a la luz de la nueva distribución competencial que viene a trazar el art. 14 de la LGSP y que confiere al Ministerio de Sanidad las competencias, *inter alia*, para «a) La gestión de alertas de carácter supraautonómico o que puedan trascender del territorio de una comunidad autónoma».

¿Qué perfil va a tener el Plan estatal de preparación y respuesta frente a alertas sanitarias? Pues bien, la aprobación mediante real decreto nos da ya una primera pista de su peso específico. Pista que se refuerza con la descripción de un contenido que, a pesar de ser parca, apunta a mucho más que un instrumento de corte técnico. En concreto, habrá de incluir «disposiciones relativas a los mecanismos de declaración de una situación de emergencia de salud pública de importancia estatal, de su gobernanza y de las capacidades y recursos necesarios para la respuesta».

El proyecto de este real decreto confirma, por lo demás, esta impresión¹¹. Estamos ante un Plan que, en realidad, encierra un desarrollo normativo en toda regla. Ese que, en buena lógica, debería quedar residenciado en una ley. En el lado positivo, no obstante, es de destacar que se tienen en cuenta los vientos de renovación del Derecho internacional y europeo de pandemias. En particular, si tomamos como referencia a la Unión Europea, no tardaremos en advertir que se han dado pasos muy relevantes, especialmente gracias a la dupla que conforman el *Reglamento de amenazas transfronterizas graves para la salud* y el *Reglamento de contramedidas médicas*¹². El corpus

⁹ Introducido por la Ley 7/2025, de 28 de julio.

¹⁰ Figurando que este reparto competencial no genere fricciones, la cohesión de esta planificación en dos niveles se refuerza con la intervención del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, encargado de la parte técnica, es decir, del establecimiento de instrumentos de interoperabilidad y de intercambio de información.

¹¹ <https://www.sanidad.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=6744>

¹² Reglamento (UE) 2022/2371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de no-

normativo europeo en materia de pandemias se esfuerza en establecer un acoplamiento, hacia arriba y hacia abajo, con los demás niveles de gobernanza de la salud pública, señaladamente con el nivel internacional¹³. Algo de lo que adolecemos manifiestamente en nuestra legislación pandémica¹⁴. Ante un desafío global, que es por definición indivisible, no vale con apilar sin más los niveles, confiando en una armonía espontánea¹⁵. Hay que aplicarse, antes bien, en el acoplamiento, trabajar las conexiones, contemporizar convenientemente...; y choca que este claro enfoque europeo no hubiera prendido entre nosotros¹⁶.

La voluntad de seguir esta estela es una buena noticia, sin duda. Lo es también, en esta misma línea, la procedimentalización y formalización de las emergencias de salud pública. Lejos de agarrotar, esta dosis de juridificación ha de servir para dar una escala ordenada de intervención y para ofrecer más seguridad jurídica. Se desarrolla así la figura de la *declaración de emergencia de salud pública de importancia estatal* – la inspiración en la figura de la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional del Reglamento Sanitario Internacional salta a la vista – y se detallan los pasos a seguir hasta llegar a su declaración, que corresponderá al Ministro de Sanidad.

viembre de 2022, sobre las amenazas transfronterizas graves para la salud y por el que se deroga la Decisión n.º 1082/2013/UE; y Reglamento (UE) 2022/2372 del Consejo, de 24 de octubre de 2022, relativo a un marco de medidas para garantizar el suministro de contramedidas médicas pertinentes para la crisis en caso de emergencia de salud pública a escala de la Unión, respectivamente.

¹³ J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, *European Health Law and Human Rights at the Crossroads: Exploring Tensions between Harmonization and Heterogeneity, Health Law and Policy from East to West: analytical perspectives and comparative case studies*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 55-84; y, en la misma obra colectiva, S. NEGRI, *Communicable Disease Control in International and EU Law: Enhancing Global Health Security through Interaction and Coordination between the International Health Regulations (2005) and Decision No. 1082/2013/EU, Health Law and Policy from East to West: analytical perspectives and comparative case studies*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 333-357.

¹⁴ La sola terminología es reveladora. Se echa en falta que el *thesaurus* de nuestro Derecho de la Salud Pública todavía no haya acogido e interiorizado términos centrales a escala internacional; términos que, sin embargo, sí han penetrado en el Derecho europeo. Valga como botón de muestra el de *emergencia de salud pública de importancia internacional* que no aparece conectado (mencionado, de hecho) ni en LOMESP ni en la LGSP.

¹⁵ L. ARROYO JIMÉNEZ, *Las caras del Derecho Administrativo transnacional*, *Revista de Administración Pública*, 218, 2022, 101-122.

¹⁶ Porque, insistimos, no se trata solo de una cuestión de distintas velocidades, de ir rezagados en el plano nacional. Lo que llama más la atención es el contraste de fondo sobre la juridicidad del hecho pandémico.

Sin restar mérito a estos avances, en el debe sigue figurando la ausencia de una tipificación de las medidas y la resolución de los claroscuros que todos conocemos. Para muestra un botón. Advuértase cómo se despacha la activación de las medidas especiales de salud pública: «En caso necesario, las autoridades sanitarias podrán acordar las medidas de salud pública establecidas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril»¹⁷. Vuelta, pues, a la casilla de salida.

¿Son los Planes de preparación y respuesta frente a alertas sanitarias una solución satisfactoria a la falta clamorosa de densidad reguladora? Resulta apresurado responder a esta pregunta sin aguardar a la primera hornada de planes, pero no puedo por menos que significar que el déficit de ley seguirá estando en el mismo punto donde lo hemos dejado. O se coge con las dos manos la reforma de la LOMESP – y su complemento legal – o me temo que la seguridad jurídica seguirá renqueando. Los grandes dilemas a los que nos hemos enfrentado han tenido que ver con los goznes de articulación entre la emergencia ordinaria y la extraordinaria y, dentro de la primera, entre la ley ordinaria y la orgánica. Se me hace difícil pensar que esos dilemas, cerrados en falso, van a quedar amortiguados en el próximo lance por la presencia de una ley de pandemias disfrazada de plan.

b. La arquitectura *institucional* de las emergencias de salud pública depende en gran medida de otro mandato de la LGSP largamente aplazado: la creación de un Centro Estatal de Salud Pública¹⁸. Finalmente, después de algún que otro sobresalto, contamos ya con su esperada ley de creación: Ley 7/2025, de 28 de julio, por la que se crea la *Agencia Estatal de Salud Pública* (LAESP).

No hace falta adentrarse demasiado en los pasajes de la LAESP para darse cuenta de que la Agencia Estatal de Salud Pública tiene ante sí una compleja tarea. En ella quedan depositadas muchas esperanzas del relanzamiento de la salud pública o, si se prefiere, de la construcción de una nueva salud pública. Lo cual quiere decir que será determinante el

¹⁷ Art. 15.5 del Proyecto de real decreto por el que se aprueba el Plan Estatal de Preparación y Respuesta frente a amenazas graves para la salud.

¹⁸ Sobre éste y otros mandatos que cayeron en el olvido tuve ocasión de reflexionar en «El letargo de la Ley General de Salud Pública», *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 135-165.

músculo que vaya a disponer en términos de medios y, por tanto, lo que ocurra en cuanto a la dotación del mismo.

Si nos guiásemos solamente por el perfil que la LGSP atribuía al Centro Estatal de Salud Pública, esperaríamos una instancia de asesoramiento, destinada a surtir de la mejor evidencia científica a los cuadros de mando de las autoridades sanitarias. Y lo cierto es que entre los cometidos centrales de la flamante nueva Agencia figura el asesoramiento de carácter técnico y científico en materia de salud pública, pensando tanto en la AGE como en las CCAA. En el primer caso, con carácter estructural, convirtiéndose, pues, en la referencia que tanto echamos en falta durante la pandemia; en el segundo, en cambio, más como alternativa o como complemento de las respectivas agencias o centros de salud pública autonómicos. Esto sentado, se trata de una faceta que queda claramente superada por un elenco amplísimo de fines cuya suma hacen de la Agencia Estatal de Salud Pública una auténtica campeona en la materia.

En efecto, el art. 2 de la Ley de creación constituye una carta de presentación de altísimo nivel. Dejo aparte la crítica que, a mi juicio, merece la prosa abigarrada que se usa – por desgracia, recurrente en salud pública¹⁹ –. Interesa ahora detenerse sin falta en la larga descripción de *finés generales* que nos dan la medida de una Agencia llamada a tener mucho peso. De manera telegráfica señalaré los ámbitos que juzgo más destacados.

- (i) *La vigilancia en salud pública*. La Agencia Estatal de Salud Pública viene a completar la reciente renovación de este subsector, marcada por un cambio de paradigma: de la vigilancia epidemiológica, centrada tradicionalmente en las enfermedades, se pasa a una visión de más largo alcance, destinada a seguir y evaluar no solo las enfermedades, sino el conjunto de los determinantes de la salud, incluidos los sociales²⁰.

¹⁹ Ya al poco de arrancar, nos topamos con la definición del *objetivo* de la Agencia Estatal de Salud Pública; definición que, por temor a dejar alguna cosa, se torna en una proposición críptica: «reforzar las capacidades del Estado para mejorar la salud de la población, la equidad en salud y su bienestar y proteger a la población frente a riesgos y amenazas sanitarias, con un enfoque salutogénico que potencie las capacidades y el empoderamiento de las personas y las comunidades».

²⁰ Este cambio de paradigma ha tomado cuerpo con la aprobación del Real Decreto 568/2024, de 18 de junio, por el que se crea la *Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública*. La Red Estatal de Vigilancia en Salud Pública viene a recoger el testigo de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica – creada en 1995 – y a dar cumplimiento a uno de los mandatos preteridos de la Ley General de Salud Pública. El propio contraste entre nombres nos

- (ii) Esta vigilancia ha de permitir evaluar el estado de salud de la población desde distintos ángulos y al cabo ha de facilitar la creación de un conocimiento sólido con el que asesorar a las instancias competentes para gestionar el riesgo. Uno de los emblemas de ese conocimiento será el *Informe anual relativo al estado de salud y bienestar de la población española*, que será presentado a las Cortes Generales. Por otra parte, además del asesoramiento puntual, rogado, se modela una Agencia Estatal de Salud Pública con una fuerte iniciativa, traducida en la capacidad, bastante abierta, de formular propuestas.
- (iii) Siendo el detonante de su creación la pandemia del coronavirus, no podía faltar una atención destacada a las *emergencias de salud pública*. El papel de la Agencia en este orden es, desde luego, determinante habida cuenta de que deberá coordinar las actividades de preparación y respuesta, eso sí, «en línea con la Estrategia de Seguridad Nacional». Inciso este último que destaco para significar que, además de la Agencia Estatal de Salud Pública, las futuras crisis sanitarias van a contar con otro actor protagonista en el reparto: el Consejo de Seguridad Nacional²¹. Es de advertir, por otra parte, que no solo se alude a la respuesta, sino que, con buen criterio, se añade la necesaria referencia a la preparación. La Agencia tiene a este respecto dos cometidos esenciales: la participación en la elaboración de planes de preparación y respuesta sanitaria ante alertas, riesgos y amenazas actuales y emergentes para la salud humana – a la que se acaba de hacer mención –; y la supervisión técnica de la *reserva estratégica sanitaria* – tendente a reducir las dependencias en el ecosistema industrial sanitario²² –.

revela dónde reside la sustancia del relevo operado: se trata de ampliar el campo de visión cubierto por la vigilancia de la salud pública a fin de atender no sólo a las enfermedades transmisibles, sino a todos los aspectos de interés para la salud pública. Más precisamente, la vigilancia tendrá en cuenta los factores de riesgo, los determinantes de la salud, las inequidades en salud, la perspectiva de género y los aspectos relacionados con la discapacidad. Ampliación que permite advertir cómo el efecto de la pandemia se emplea – acertadamente – para mejorar no solamente el entorno de las emergencias y de las amenazas, sino la entera salud pública. A toda ella conviene, sin duda, contar con unas capacidades modernas de monitorización y aun de predicción. De igual forma, sintoniza a la perfección con el enfoque «una sola salud» (*One Health*), adoptado en la Agenda 2030, a cuya virtud debe tomarse en consideración la interacción, que es profunda, entre la salud humana, la sanidad animal y el medio ambiente de cara a preservar mejor la salud de la población.

²¹ Acúdase a la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, y al Real Decreto 1150/2021, de 28 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia de Seguridad Nacional 2021.

²² Acerca de las reservas estratégicas sanitarias, véase C. CIERCO SEIRA y M. SALA RÍOS,

- (iv) La *sanidad exterior* ha tenido un desarrollo normativo e institucional discreto en las últimas décadas y, si nos referimos a las pandemias, casi testimonial. Con la voluntad de enderezar este rumbo, la Agencia Estatal de Salud Pública se erige en adelante en centro de enlace para el intercambio de cualquier información de interés en salud pública internacional en las áreas de su competencia y, además, se la habilita para representar al Ministerio de Sanidad, a instancias de éste, en materia de salud internacional, en los foros y organismos internacionales.
- (v) En la gestión del riesgo se distinguen, como es sabido, tres grandes momentos: evaluación, gestión y comunicación. Pues bien, además de evaluar, a la Agencia Estatal de Salud Pública se le encarga el papel de comunicar, esto es, de informar al público sobre los riesgos de salud. Ni que decir tiene que esta *comunicación* resulta fundamental en contextos de crisis sanitarias. Sin embargo, es importante interiorizar que esta dimensión, lejos de ser ocasional, debe transformarse en un empeño cotidiano relevante. Enfrente está, ni más ni menos, la desinformación, que es una de las principales amenazas de la salud pública contemporánea.
- (vi) Cuando se regula en salud pública tarde o temprano sale al encuentro el asunto de la conexión con la *sanidad asistencial*. Desde hace tiempo existe en España una tensión entre las dos ramas, salud pública y sanidad asistencial; una tensión que ha llevado a que se instale en las filas de la primera un discurso de comparaciones y agravios (tratamiento de los profesionales de la salud pública, presupuestos...). No ha de extrañar en este sentido que se aproveche el lanzamiento de la Agencia Estatal de Salud Pública para remarcar que la sanidad asistencial debe igualmente pasar por el filtro de la salud pública, como una parte más del conjunto, y de ahí que se le asigne «La evaluación de los resultados en salud derivados de las prestaciones sanitarias».

El elenco de fines, como señalaba, apunta a una Agencia de largo alcance. Está por ver si la dotación y la puesta sobre el terreno es acorde. Pero, además, hay otro factor que será igualmente determinante del cariz que tomen las cosas. Se trata de la *cohesión* que ha de darse entre los distin-

tos niveles de gobierno que convergen en la salud pública y, de una manera específica, en las emergencias o crisis sanitarias²³. Tan es así que, bien que de una manera difusa, estamos asistiendo a la conformación de un nuevo intento de conjugación bajo el término de *co-gobernanza*. Cuesta todavía explicar en qué consiste, pero es indudable que ha cuajado de resultados de la pandemia y que busca expresar, sobre todo en lo que hace a las relaciones entre el Estado y las CCAA, una vuelta de tuerca en la conjugación de competencias confluyentes como es el caso de la sanidad. Sea como fuere, se aprecia en la Ley de maras una profunda preocupación por dejar a salvo cualquier interferencia competencial autonómica y por apurar la colaboración y el consenso²⁴. Nada hay que objetar a hacer de la complicidad y la cooperación el libro de estilo de la gestión en salud pública por parte de la Agencia Estatal de Salud Pública – alineándose con los usos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud –, pero conviene tener presente que hay un elemento de cierre del sistema que es necesario por definición y que pasa, en último extremo, por la coordinación estatal²⁵. Bien está que la cohesión se decline esencialmente como colaboración, pero no debe preterirse la *coordinación* como reducto último²⁶.

²³ No es casual que la gestión de las crisis sanitarias se haya convertido en un renovado “caso-testigo” a la hora de volver sobre el estudio del ajuste de niveles de gobierno en nuestros días. Entre las obras recientes que se han ocupado de ello, pueden referirse las de C. COLINO (coord.), *Retos de la gobernanza multinivel y la coordinación del Estado autonómico: de la pandemia al futuro*, INAP, Madrid, 2021; J. MIER ALBERT, *De la crisis de las «vacas locas» a la Covid-19. Gobernanza comunitaria de emergencias alimentarias y de salud pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; y M.L. GÓMEZ JIMÉNEZ, *Salud Pública, emergencias sanitarias y co-gobernanza. Estudio del régimen jurídico de las prestaciones desde el Derecho comparado autonómico español antes de la próxima pandemia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

²⁴ D. G. ABIÉTAR, «¿Quiénes piensan las instituciones? Las redes de actores de salud en la futura Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP)», *Derecho y Salud*, 33, 2023, 140-144; y J. L. BELTRÁN AGUIRRE, «Análisis crítica del proyecto de ley por el que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública (BOCG 17-2-2023)», *Derecho y Salud*, 33, 2023, 101-110.

²⁵ Véase la exposición y el balance de una de las voces más autorizadas en Derecho Sanitario: J. M. PEMÁN GAVÍN, *Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 2024, 3-30.

²⁶ Pienso, por ejemplo, en las dudas que se ciernen sobre las actuaciones coordinadas en salud pública previstas en el art. 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Interesantes acotaciones en J. RODRÍGUEZ VIL-LANUEVA, *La orden comunicada; necesidad de avanzar en su concreción y contenido*, *Revista General de Derecho Administrativo*, 65, 2024.

3. *La oportunidad para revisar algunos problemas estructurales del sistema nacional de salud que se han agravado*

En la vuelta a la normalidad sanitaria no aguardaba un escenario apacible. Tal vez a simple vista pudiera parecerlo, como es natural después de un trance de este calibre, pero la realidad es que nuestra sanidad aquejaba serios problemas antes de la pandemia, algunos estructurales, lastrados por la precariedad de medios y las cicatrices de la última crisis económica. Por más que la buena fama de nuestra sanidad sea del todo merecida y que la tengamos por un tesoro – que lo es –, ello no quita para ignorar que estamos ante un entorno que mucho antes de la irrupción del coronavirus se encontraba tensionado, con evidentes signos de desgaste y no pocas luces de alarma encendidas. La pandemia ha servido para poner de manifiesto las fortalezas del sistema, pero también para mostrar abiertamente sus costuras, haciendo verosímil el riesgo de colapso²⁷. La pandemia ha de servir, siendo esto así, como motor de cambio y ha de aprovecharse que haya puesto el foco político y mediático – también jurídico, añadiría – en la sanidad, para una revisión *in funditus*. Ese ejercicio de examen de lo ocurrido y de propósito de enmienda ha de aprovecharse como impulso para acometer las reformas pendientes. Ocurre, además, que ese impulso se ve oportunamente reforzado desde otro flanco de gran importancia como es la *financiación*. Porque en esa visión transformadora hacia una Europa más ecológica, digital y resiliente, la sanidad ocupa una plaza preferente²⁸. Sin entrar ahora en detalles, el Plan de Recuperación para Europa pretende también digitalizar la sanidad, lo cual, sobre abrir un campo enorme de posibilidades, permite destinar nuevos fondos²⁹.

²⁷ Conviene ser cautos ante esa propensión a presentar nuestro sistema sanitario como imbatible. No es cosa de restar méritos, sino de introducir la necesaria dosis de templanza a fin de poder aislar mejor los aspectos a corregir.

²⁸ Sobre el particular, A. LOZANO ESPAÑA, *El derecho a la salud en la Unión Europea: los mecanismos de financiación europeos tras el covid-19*, en *La efectividad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2025, 163-190.

²⁹ Cualquier indicador económico que se consulte en esta rama permite hacerse rápidamente una idea de lo que representa, tanto en términos absolutos como relativos, la financiación del sistema público sanitario y su sostenibilidad. De igual forma, a nadie escapa que este sistema, por más que se refuerce, no está en grado de cubrirlo todo, proporcionando una suerte de protección y asistencia omnicompreensiva. Inexorablemente, han de establecerse prioridades, distribuirse los recursos. Siendo esto así, los cambios y las decisiones que se tomen en materia financiera adquieren un singular relieve en la

No está en mi ánimo realizar un repaso exhaustivo y minucioso de todos y cada uno de los problemas que arrastra nuestra sanidad. He seleccionado, antes bien, una tríada que juzgo suficiente para retratar el estado de la cuestión y en los que se aprecia, por otra parte, una voluntad reformista. Temas en los que se ha dado algún paso significativo, más o menos definitivo. Aviso, pues, a navegantes: algunos de los proyectos a los que voy a referirme acaso no lleguen a ver la luz. Sea como fuere, son impulsos con un cierto grado de madurez, que permiten tomar el pulso del Derecho Sanitario de nuestros días.

3.1. Los profesionales sanitarios

Es inconcuso que el componente humano es la pared maestra del sistema sanitario. Sin embargo, esa pared maestra presenta inquietantes grietas y es conocido el malestar de los profesionales sanitarios que se desempeñan en el sistema público de salud. No hace falta explicar que la pandemia tuvo un impacto extraordinario en sus filas. Sirvió, desde luego, para reforzar el reconocimiento social por la labor desempeñada. Pero, al mismo tiempo, agravó ese malestar a causa de la escasez de medios, especialmente aguda en los primeros compases de la crisis y representada en imágenes grabadas en nuestra memoria colectiva como las protecciones improvisadas con pantallas caseras y otros mecanismos de protección estafalarios.

Conviene interiorizar la gravedad y complejidad del problema, el cual, *grosso modo*, presenta dos grandes frentes.

A. De una parte, está la *escasez* de profesionales sanitarios y la dificultad de dar una respuesta razonable al relevo generacional de los próximos años. Se están arbitrando diferentes medidas – ampliación de la oferta universitaria en titulaciones vinculadas a la sanidad, revisión del procedimiento de la homologación de títulos extranjeros, aplicación de incentivos económicos al retraso de la jubilación... – , si bien todos los análisis son coincidentes en significar la tardanza de la reacción y el grave déficit de planificación. De fondo, un sistema de gestión de recursos humanos con demasiadas fugas de agua: la rigidez que acusa el modelo, la falta de herramientas innovadoras, la escasa autonomía de los centros y así siguiendo.

modelación de la realidad sanitaria y constituyen una de las capas esenciales de la política sanitaria, la que imprime, en efecto, más realismo.

La escasez de profesionales sanitarios es, además, asimétrica y se agrava respecto de algunas especialidades – con la atención primaria a la cabeza –, entrecruzándose así con otros problemas de largo alcance como el de la despoblación. No podemos perder de vista que la atención primaria es, lisa y llanamente, crucial en la ordenación territorial sanitaria y, *a fortiori*, en la vertebración territorial misma. Transitando la misma senda saldrá a nuestro encuentro la equidad en el acceso a los servicios sanitarios de la población rural, que es una demanda cotidiana, perfectamente contrastable³⁰.

Se comprende, siendo esto así, que algunas miradas se dirijan de inmediato a las causas profundas de la (falta de) movilidad de los profesionales sanitarios y a la imperiosa necesidad de ponerles remedio concreto³¹. Sin ir más lejos, la reforma del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, a la que enseguida pasaré a referirme, busca afianzar y potenciar la movilidad en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, actuando, por citar una medida específica, sobre los concursos de traslados.

B. De otra parte, encontramos el espinoso asunto de las *condiciones laborales* que da paso a una larga lista de temas. Algunos, como es natural, estrechamente conectados con la organización del propio servicio público sanitario; organización que, a su vez, si vamos aguas arriba, nos lleva al nudo gordiano de la financiación.

Insisto en que el abanico de temas es amplio y colorido. De todos modos, por ser éste un trabajo panorámico que busca, fundamentalmente, mostrar elementos de interés que despierten la curiosidad de la comparación, señalaré a continuación algunos de los puntos más representativos.

- (i) La *carga de trabajo* es, sin duda, uno de ellos. La sobrecarga pasa por ser una de las principales quejas en las filas de los profesionales sanitarios. Las jornadas de guardia son solo la punta visible del iceberg. En general, se censura la ausencia de una jornada de trabajo delimitada y compatible (conciliable) con la vida personal y familiar.

³⁰ La *sanidad rural* fue objeto, precisamente, de uno de los encuentros de Derecho Sanitario que vienen desarrollándose entre investigadores italianos y españoles (junio de 2023). Las actas pueden consultarse en el volumen colectivo dirigido por C. BOTTARI *et al.*, *Sanità rurale e assistenza sanitaria decentrata*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2024.

³¹ Agudas reflexiones y propuestas en E. MOREU CARBONELL, *Desafíos del modelo de empleo público tras la crisis sanitaria*, *Revista Jurídica de Asturias*, 47, 2024, 51-71.

- (ii) La falta de *estabilidad laboral*, marcada por temporalidad de los contratos, es también otro caballo de batalla.
- (iii) Y luego está la cuestión del reparto de roles y de *distribución de funciones* entre los distintos profesionales sanitarios; fuente de tensiones, a menudo corporativas, sobre los dominios de cada profesión y el reconocimiento de su virtualidad debidamente³². El aprovechamiento de las competencias de los distintos actores en el entramado sanitario afecta, también, a otro tipo de profesionales (no) sanitarios.

Los puntos anteriores conectan, *in via recta*, con las condiciones laborales. Pero los hay también que, sin ser así de centrales, impactan igualmente en el desempeño diario. No quiero dejar de apuntar en este sentido dos facetas, que acaso se tengan por menores, pero que son demostrativas al cabo de la complejidad del cuadro.

- (iv) Así ocurre con la burocracia y el pesado lastre que ésta supone para el adecuado desempeño profesional, especialmente en la atención primaria. Se denuncia, de manera recurrente, que las diligencias de documentación consumen una parte demasiado significativa de la atención dispensada al paciente³³.
- (v) Y tampoco podemos olvidarnos de la lacra de las agresiones. A pesar de que el Código Penal protege, *expressis verbis*, a los funcionarios sanitarios dentro del delito de atentado, las agresiones en el entorno sanitario siguen siendo noticia – incluyendo la derivada que supone la violencia (virtual) en las redes sociales³⁴ –.

³² Sin olvidar que el ecosistema de salud cuenta con un nutrido grupo de profesionales (no) sanitarios que también interactúan con tareas de administración, admisión, traslado de pacientes, entre otras muchas, y que reclaman asimismo una debida atención a sus inquietudes y aspiraciones cuando se plantean reformas estructurales del modelo.

³³ Nótese que esta lamentación se está convirtiendo en un denominador común de cualquier protesta social. La vemos en las protestas de los agricultores, de los profesores, etcétera. La burocracia encarna en nuestros días una rémora capaz de poner de acuerdo a proveedores y destinatarios, lo cual no deja de resultar, amén de alarmante, preocupante por la ausencia de un discurso favorable a la (buena) burocracia. Recomiendo dos lecturas, desde claves distintas pero complementarias: C. RAMÍO, *El colapso de la Administración en España. Un análisis políticamente incorrecto*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2024; y A. M. BUENO ARMÍJO, *La burocracia defensiva. Un ensayo de Derecho superheroico*, Marcial Pons, Madrid, 2025.

³⁴ El art. 550.1 del Código Penal tipifica el delito de atentado contra los funcionarios sanitarios en estos términos: «Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios

El deterioro de la situación, agravado por el trance de la pandemia, explica que la reforma del régimen estatutario de los profesionales sanitarios se convierta poco menos que en un avispero. Hace falta, por cierto, abrir un pequeño paréntesis, para recordar que, en razón de su idiosincrasia, el régimen jurídico de los profesionales sanitarios cuenta con una regulación *ex professo* que se sustenta en dos pilares como son la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias (2003) y el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (2003)³⁵. Éste último confiere a los empleados públicos sanitarios un estatuto especial dentro del conjunto de la función pública española.

Al tiempo de escribir estas líneas, son constantes, casi diarias, las noticias que nos llegan de los medios de comunicación acerca de las tensiones que vienen rodeando a la tramitación de la reforma del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud³⁶. Noticias que refuerzan la identificación de los puntos críticos recién señalados.

- (i) Así, en lo que hace a la carga de trabajo, vemos cómo una parte importante de las medidas que se anuncian ponen el foco precisamente en este asunto. Ahí está la limitación de la duración de las guardias y el aseguramiento de descansos adecuados. Aunque, al margen de aspectos puntuales, destaca, como idea-fuerza que recorre la defini-

públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas. *En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas*» (la cursiva es mía).

De gran interés el seguimiento del Proyecto de ley de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, por la que se establecen medidas de prevención y protección integral contra la violencia en el Sistema de salud de Galicia (<https://www.es.parlamentodegalicia.es/ParticipacionCidada/LexislaConNos/3468/proyecto-de-lei-de-modificacion-da-lei-82008-do-10-de-xullo-de-saude-de-galicia-pola-que-se-establecen-medidas-de-prevencion-e-proteccion-integral-contra-a-violencia-no-sistema-de-saude-de-galicia.12pl-000012>).

³⁵ Ley 44/2003, de 21 de noviembre; y Ley 55/2003, de 16 de diciembre, respectivamente. regulación especial para los profesionales sanitarios y demás colectivos de personal que prestan sus servicios en los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social, que nos diferencia de los funcionarios públicos y otras regulaciones laborales.

³⁶ La actualización más reciente que puedo proporcionar es que contamos con un Anteproyecto (enero de 2026) que recoge el último borrador negociado y redactado con los agentes sociales: <https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionesSanitarias/nuevoEstatutoMarco.htm>.

Anteproyecto de Ley del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Esta ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras específicas de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, regulando a través de este Estatuto Marco dicho personal.

ción de la jornada de trabajo, la necesidad de tener presente en todo momento la conciliación de la vida personal y familiar.

- (ii) El reparto de roles aparece en esta coyuntura marcado por la reivindicación de los médicos de un estatuto propio para la profesión médica y facultativa. Una diferenciación normativa que el Ministerio de Sanidad rechaza, apelando a la importancia y conveniencia de la «unidad estatutaria», entendida como marco común para todo el personal estatutario, de cara a la cohesión y, por extensión, a la mejora en la eficacia organizativa. «Unidad estatutaria» que no impide reconocer en el texto especialidades por razón profesional, del médico señaladamente, en ciertos extremos.

3.2. La digitalización sanitaria y la eclosión de los datos de salud

El servicio público sanitario – y la sanidad en general – experimenta una fuerte presión por la exigencia de adaptación al progreso. Por mucho que esa adaptación sea un rasgo común al servicio público, lo cierto es que en el caso sanitario la cosa se acentúa notablemente como consecuencia de un conjunto de factores perfectamente aislados. Entre esos factores está la propia vitalidad de la innovación sanitaria y, más aún, el papel que lo sanitario suele desempeñar como piedra de toque de la utilidad de cualquier avance científico y/o tecnológico. Me refiero a que apenas asoma un descubrimiento científico y/o tecnológico surge de inmediato, casi como acto reflejo, la inquietud o esperanza por su eventual aplicación sanitaria. No en vano, acertar con un efecto útil sanitario pasa por ser tantas veces la clave del éxito en estos confines. La vanguardia acostumbra, en suma, a asomarse a la sanidad e interpela, por consiguiente, al sistema de salud.

En nuestros días, la digitalización constituye una de las principales apuestas en la transformación de los servicios públicos³⁷. A ella se fía en buena medida la faz que habrá de tener la Administración en el futuro y la auténtica transmutación que de ella se reclama socialmente a voz en cuello. En consonancia con ello, desde hace algunos años se viene trabajando decididamente en la digitalización del servicio público sanitario, tanto en lo que toca a la organización del sistema como en lo que hace a la prestación del servicio³⁸. Son tantas las sendas abiertas, en una y otra dirección, que

³⁷ Un recorrido por el estado general de la cuestión lo ofrece el libro de D. CANALS AMETLLER *et al.*, *La digitalización en los servicios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

³⁸ Una completa y rica exposición en J. F. PÉREZ GÁLVEZ, *Régimen jurídico de la*

no es de extrañar que el estudio de la sanidad digital esté en boga actualmente en el Derecho Sanitario³⁹. Se dan cita, por referir solamente algunos ejemplos, la historia clínica digital, la receta electrónica y la portabilidad de la información del paciente. O, cambiando de tercio, todas las expresiones que admite la telemedicina y las posibilidades que abre en términos de asistencia sanitaria digital. Incluso algunas derivaciones que no dejan de parecernos aún algo extravagantes como la prestación de asistencia sanitaria en el metaverso⁴⁰. Sin olvidar, en fin, el tema de la ciberseguridad, que también tiene una plaza propia en sanidad⁴¹.

Una buena parte de la revisión actual del modelo sanitario y de su transformación se fía a la sanidad digital. Es, por así decir, el estandarte de la salud de vanguardia. Más que un capítulo específico, pues, estamos ante una idea-fuerza que recorre todo el campo de la sanidad y que se ofrece constantemente como palanca de cambio. De modo que va a resultar extraño en adelante que cualquier reflexión o análisis tocante a la sanidad no se detenga en algún estreno o novedad de este tenor. La sanidad digital lo recorre en realidad todo y, por tanto, de un modo más o menos protagonista acaba por ser una circunstancia omnipresente en

medicina y telemedicina digital (Telemedicine driven by disruptive technologies, confirming the ongoing shift from the 'bedside' to the 'webside'), Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

³⁹ Sigue, por eso mismo, creciendo la literatura jurídica al respecto. Entre los trabajos más recientes, cabe referir J.A. MARTÍNEZ NAVARRO, *El derecho a la protección de la salud pública. Medicina preventiva y salud digital. Hacia la salud pública inteligente*, Editorial Colex, Madrid, 2023; así como los libros colectivos dirigidos por R. LUQUIN BERGARECHE, *Servicios privados de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; e *Inteligencia artificial y digitalización de la salud*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025.

⁴⁰ Sobre el particular, véase B. SOLAIMAN, *Telehealth in the Metaverse: Legal & Ethical Challenges for Cross-Border Care in Virtual Worlds*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 51 (2), 2023, 287-300.

⁴¹ Es fácil hacerse a la idea sobre cómo de trascendente es, desde múltiples puntos de vista (intimidad, investigación...), la información contenida en los ficheros sanitarios, así como su carácter estratégico y, por consiguiente, el riesgo que representan los incidentes en este terreno. No es casual, pues, que los centros sanitarios sean uno de los blancos predilectos de la ciberdelincuencia. La información extraída en un ciberataque a un sistema sanitario puede permitir acceder a datos sensibles con alto valor en el mercado negro y/o poner en jaque el funcionamiento de servicios esenciales, de modo que el rescate a cambio de no filtrar la información o de recuperar la normalidad del servicio se aparece más probable. Para aproximarse a este problema, resultan de gran interés los trabajos de C. GALÁN CORDERO, *La ciberseguridad de los sistemas de información en el ámbito de la asistencia sanitaria*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 129-139; y A. HARO ABAD, *Intrusiones ilícitas y riesgos para el funcionamiento de los servicios sanitarios*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 111-128.

el devenir del modelo sanitario. De hecho, el riesgo que se corre cuando una tecnología se instala con semejante fuerza es que olvidemos su papel instrumental y que se produzca una carrera apresurada por rendirse a su influjo como simple tributo a la moda.

Me detendré, para ejemplificar mejor este impacto, en tres aspectos.

A. La palma le corresponde, sin duda, a la *inteligencia artificial*. Ni que decir tiene que a ello ha contribuido la aprobación del Reglamento europeo de inteligencia artificial (*EU Artificial Intelligence Act*)⁴². Cierco es que no se trata de una norma estrictamente sanitaria, pero no lo es menos que la protección de la salud se erige en una de las razones que ayuda a vertebrar al planteamiento adoptado, basado en una metodología de gestión de riesgos en grado de identificar y filtrar la llegada al mercado de sistemas de IA de alto riesgo. No resulta fácil hablar de este tema hoy sin incurrir en déficits o excesos. Cumple significar que la IA ha penetrado ya en la sanidad y que es esperable que siga haciéndolo con mucha más determinación en los años venideros. El porqué de su auge se debe no solo a sus muchas bondades de cara a la precisión y calidad de las prestaciones sanitarias. Hay que sumar a ello que el empleo de la IA resulta particularmente atractivo en entornos de escasez de recursos justamente por la faceta optimizadora que brinda esta tecnología. Ahora bien, asumidas sus ventajas, que son muchas, no podemos tampoco perder de vista los riesgos que trae consigo⁴³. Los de carácter ético, desde luego, pero también la revisión o ajuste del reparto de cuotas de responsabilidad en la toma final de decisiones⁴⁴.

⁴² Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

⁴³ Por referirme a algunos de los estudios más recientes, expresivos del interés que suscita el tema, cabe mencionar los de M. M. AYALA, *La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 152-160; y M. DÍAZ HERNÁNDEZ, *El Reglamento de Inteligencia Artificial: un análisis desde el punto de vista sanitario*, *Derecho y Salud*, 33-2, 2023, 25-44; L. LATORRE LUNA, *Límites y riesgos del big data y de la inteligencia artificial en el sector de la salud*, *Derecho y Salud*, 34, 2024, 55-65; L. LÓPEZ-ALMANSA BEAUS, *El impacto de la inteligencia artificial en la mejora del consentimiento informado: análisis de la evolución de la legibilidad y la comprensión del paciente*, *Derecho y Salud*, 34, 2024, 71-92; así como el libro de P. SUBÍAS BELTRÁN, *Algorithmic Governance in Digital Health*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025.

⁴⁴ Véanse las interesantes reflexiones de C. JONES *et al.*, *Artificial intelligence and clinical decision support: clinicians' perspectives on trust, trustworthiness, and liability*, *Medical Law Review*, 31 (4), 2023, 501-520.

Abundan las señales de esta creciente influencia. Los medios de comunicación se hacen eco casi a diario de iniciativas que buscan aplicar esta tecnología: en ocasiones, de cara a mejorar la precisión en el diagnóstico; otras, en busca de una mejora organizativa en centros sanitarios y hospitales (en el cribado de urgencias o en la gestión de las listas de espera). Se conoce, en efecto, que estamos ante un terreno propicio a la inteligencia artificial, lo cual corrobora que la innovación y los avances técnicos tienden a apuntar a la sanidad como uno de sus espacios estratégicos. En términos jurídicos, ese interés y el mosaico tan rico y variopinto de iniciativas que se suceden, cada vez con más frecuencia, no puede por menos que invitar a parar mientes. Inquieta especialmente que se instale una práctica que vuele bajo radar, producto de dos preconcepciones engañosas. Primera: que la inteligencia artificial se tenga por una herramienta ya verificada de serie, apta para ser aplicada sin más allí donde, simplemente, se intuya una mejora a su virtud; y segunda: que se considere que la inteligencia artificial forma parte de una suerte de actividad ejecutiva de prospección, de experimentación, que no precisa de ninguna preparación y fundamentación jurídica⁴⁵.

B. Es normal el protagonismo actual de la IA habida cuenta del reclamo que ejerce en la opinión pública y de las expectativas que crea en los gestores, asfixiados por unos recursos escasos y una presión creciente de la eficiencia. Pero, esto sentado, antes que la inteligencia artificial, por encima de ella, de hecho, hay otro asunto que corre paralelo a la digitalización: el tratamiento de los datos de salud y, *a fortiori*, de los datos personales que, en este entorno, adquieren, como es de todos conocido, una significación acentuada.

La entrada en vigor del Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2025, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, abre un nuevo escenario que ha de ocuparnos intensamente a los juristas⁴⁶. Todavía estamos en el arranque y la

⁴⁵ A tener muy en cuenta el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. Sobre el avance de los experimentos jurídicos y la regulación experimental en general, véase G. DOMÉNECH PASCUAL, *Las regulaciones experimentales, Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 1, 2022, 103-146.

⁴⁶ Para introducirse en la materia, véase I. ALKORTA IDIAKEZ, *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques de la protección e intercambio de datos sanitarios*, Thom-

perspectiva es algo limitada para extraer conclusiones definitivas acerca de su fuerza transformadora en el mundo sanitario. Pero sí vale la pena caer en la cuenta del poderoso efecto “europeizador” que va a tener en la sanidad todo este desarrollo. Una vez más nos encontramos ante una europeización indirecta o cruzada de un sector fuertemente nacional, lo cual, si se suma a la pujanza de lo europeo en las emergencias de salud pública, da pie a cavilar acerca del salto cualitativo de la influencia de la Unión Europea en el modelaje de los sistemas sanitarios de los Estados miembros y, al cabo, en su Derecho sanitario – influencia cuya bondad, por supuesto, no prejuzgo –.

C. La digitalización sanitaria *ad intra*, por así decir, es igual de necesaria que la digitalización sanitaria *ad extra*. Porque en países con una descentralización sanitaria tan remarcable como es el nuestro la convivencia de sistemas – *id est*: la interoperabilidad – se ha convertido a estas alturas en un muro altísimo, difícil de superar. Hay, claro está, un apartado técnico. Pero enseguida el problema se eleva y conecta con la igualdad entre territorios y su proyección sobre un aspecto tan relevante como es la atención sanitaria⁴⁷. La definición del margen que va entre la igualdad de base en un sistema compartido – a cuya virtud se impone el reconocimiento de un sustrato común, que es indispensable y ha de ser suficientemente reconocible – y la diferenciación sanitaria – a que debe dar lugar razonablemente el reparto competencial entre niveles de gobierno – va a tener otro asalto relevante a cuenta de este proceso de digitalización que actualmente está en marcha.

3.3. *El modelo de gestión sanitaria pública: el blindaje de la gestión directa*

El programa de reforma sanitaria nacido de la pandemia ha hecho reverdecer un debate que en cierto modo había quedado aletargado: el de la *privatización de la sanidad pública*. Tuvo su apogeo en la década de los noventa, especialmente en los albores de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de

son Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022; y S. NAVAS NAVARRO, *Datos sanitarios electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, Barcelona, 2023.

⁴⁷ Precisamente en clave comparada, véase recientemente J. GARCÍA FERRAZ, *La articulación de la prestación sanitaria en torno a un sistema de igualdad mínima en el Estado italiano: estudio territorial de los livelli essenziali di assistenza*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 38, 2025.

Salud, que allanó el camino a la aplicación de fórmulas de gestión indirecta en el ámbito del servicio público sanitario. Esta gestión indirecta, a la que coloquialmente y también en términos mediáticos se conoce bajo el término (equivoco) de privatización, estaría, siguiendo el discurso reformista oficial, en el origen una deriva preocupante; una deriva que la pandemia habría evidenciado aún más y que, en última instancia, podría resumirse en la aplicación de la lógica del *negocio* a una prestación de suyo sensible.

El debate ha reverdecido y con él las representaciones simplistas de las cosas. La identificación de la gestión indirecta con una gestión economista que, lejos de repercutir en la mejora del funcionamiento del servicio público sanitario, vendría a precarizarlo, con clara despreocupación por las condiciones laborales de los profesionales sanitarios y por la calidad del servicio prestado y que tendería, en fin, al manifiesto abuso, rehuyendo los pacientes complejos. Como réplica igualmente simplista, una gestión directa ineficiente, carente de mecanismos evaluativos reales y, por extensión, sin estímulos y tensiones competitivas de ningún tipo. Huelga decir que, en el trasfondo de todo ello, encontramos, ni más ni menos, uno de los grandes temas del Derecho Administrativo contemporáneo: la conjugación entre lo público y lo privado. De nuevo, la proyección del debate que gira alrededor de esta cuestión – debate de gran profundidad e implicación y que va a parar a la nuez misma de la relación entre el Estado y la Sociedad⁴⁸ – sobre el campo sanitario adquiere un particular relieve. No solo, por cierto, en razón de la variable económica, sino también por la singular sensibilidad y los reparos que suscita socialmente la presencia del sector privado en el campo de la salud. El desafío es reconocer el papel complementario de la sanidad privada y encontrar una armonía en su empleo como muleta o complemento de la sanidad pública.

Retomando el hilo, el caso es que en la pasada legislatura fue ganando fuerza la idea de “blindar” la gestión directa del servicio público sanitario. Idea que cristalizó en el Proyecto de Ley por el que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud (2022)⁴⁹. Finalmente, tuvo poco recorrido, pues

⁴⁸ Fundamental la exposición de J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

⁴⁹ https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-110-1.PDF.

su tramitación parlamentaria se vio truncada al poco como consecuencia de la convocatoria de elecciones. Con todo, sigue figurando en los planes del Gobierno actual y, a lo que parece, se intentará de nuevo culminar su recorrido parlamentario, esta vez en forma de Proyecto de Ley de Gestión Pública e integridad del Sistema Nacional de Salud (2024)⁵⁰.

Esto sentado, ¿en qué consiste exactamente ese blindaje que se anuncia? A la luz de los textos que se vienen barajando y, señaladamente, del anteproyecto que ahora está sobre la mesa, se trataría de establecer una jerarquía entre las distintas formas de gestión del servicio público sanitario. La gestión directa quedaría garantizada, *ex ministerio legis*, como opción preferente en la organización, provisión y administración de los servicios sanitarios, mientras que la gestión indirecta se vería relegada a un discreto segundo plano, supeditada a una estricta justificación y, al cabo, convertida en una opción de marcado carácter excepcional. En cuanto a la justificación, la lectura de la exposición de motivos significa las ventajas de la primera en orden a la consecución de «mayor equidad en el acceso, mejores resultados en salud y una mayor capacidad para el control riguroso tanto de la calidad de la asistencia sanitaria prestada como de la correcta utilización de los recursos públicos invertidos en el sistema sanitario». Por el contrario, la gestión indirecta es tenida como un agente de fragmentación del sistema y origen de algunas disfunciones graves, especialmente por parte de entidades privadas con ánimo de lucro.

La gestión directa se erige, pues, en la forma *natural* de erogación. Dentro de ella tendrían luego cabida, eso sí, tres opciones: (i) la gestión directa por la Administración, (ii) la gestión por una entidad del sector público institucional, y (iii) la gestión por un consorcio integrado exclusivamente por miembros de naturaleza pública. A partir de aquí, cualquier otra modalidad de gestión pasa a adquirir carácter excepcional; un carácter que se enfatiza con insistencia mediante el empleo de distintos sintagmas. Se hace explícita, sin ambages, la preferencia del legislador por una forma de gestión (la directa) frente a las demás y se exige, en consecuencia, que su desplazamiento se justifique de manera reforzada.

En concreto, hará falta superar un procedimiento de evaluación *ex professo* que incorpora, como trámite destacado, la evacuación de un informe preceptivo a cargo de un comité de evaluación para la gestión sanitaria indirecta compuesto por personas expertas del ámbito sanitario y representantes profesionales y de la sociedad civil. En dicho informe deberán

⁵⁰ <https://www.sanidad.gob.es/en/gabinete/notasPrensa.do?id=6850>.

valorarse una serie de aspectos – demostrativos finalmente de que hay una razón de imposibilidad real de erogar directamente el servicio sanitario –, a partir de unos indicadores homogeneizados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. La gestión indirecta, luego de superar este durísimo – al menos, en abstracto – rasero, podrá acogerse a la normativa sobre contratos del sector público, respetando, en todo caso, una prohibición de nuevo cuño, que ha de impedir en el futuro la combinación del contrato de concesión de obra con la gestión de la prestación sanitaria.

4. *Final*

La selección de temas no pretende transmitir al lector una idea jerarquizada de lo importante y agotadora de lo necesario. Es, lisa y llanamente, una invitación a cavilar en torno a los profundos retos que tiene por delante el Derecho Sanitario español; retos que, lejos de irrumpir con la pandemia, se han acelerado con ella. No es tanto lo que hay de nuevo. Es más lo que, por efecto de la crisis sanitaria padecida, se ha tornado en más visible y, en consecuencia, más urgente de lo que ya era. Por eso mismo, no creo que haga falta echar mano de la hipérbole en el ánimo reformista; cosa que suele desencadenar frustración rápidamente. Basta con insistir en la oportunidad del momento y en la alineación ideal de razones que pueden representar al cabo ese empujón definitivo que lleve de la teoría a la práctica.

Si salimos de los temas o apartados concretos y elevamos un poco más el vuelo, buscando una imagen de conjunto y aun una cierta proyección hacia el horizonte, tengo para mí que la mutación del Derecho Sanitario se ve condicionada por dos grandes ideas-fuerza que lo atraviesan todo y que dan forma a dos nuevos paradigmas: el bienestar y la integralidad. En el ideal, el Derecho Sanitario evolucionará más o menos en atención a su capacidad de asimilar en toda su extensión ambas ideas-fuerza.

A. El *bienestar* no puede sonarnos a cosa nueva. Aparece en la misma definición de la salud que comúnmente se viene manejando desde la segunda mitad del pasado siglo: «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»⁵¹. Sin embargo, es evidente que está adquiriendo poco

⁵¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, firmada en Nueva York el 22 de julio de 1946.

a poco una fisionomía propia, instalándose en el siguiente estadio de la escala de exigencia. Cómo ha de conjugarse esta nueva aspiración resulta aún un enigma si tenemos en cuenta que nuestros sistemas de salud fueron diseñados fundamentalmente para asistir en la guarda de la salud antes que para proveer bienestar. Lo cual resulta claramente visible si nos referimos, sin ir más lejos, al envejecimiento. Siempre sin olvidar, además, el capítulo de la financiación, claro.

B. Tirando de ese hilo llegamos a la nuez: la *integralidad*. Ya no queda espacio para un Derecho Sanitario en solitario, deslindado e impenetrable. Se ve empujado, cada vez con más determinación, a mezclarse con otros sectores. Con el Derecho Ambiental o con el Derecho de los Servicios Sociales, por poner solo dos ejemplos. Y no se trata solo de conexiones aquí y allí. Es un fenómeno de confluencia mucho más profundo que no va a ceder, entre otras razones, por la fuerza que ejerce la aspiración misma del bienestar. Las necesidades y los problemas de salud de la población no pueden trocearse y menos aún abordarse desde solo un ángulo. Es necesario, antes bien, adoptar una visión decididamente amplia de la salud y apostar por un enfoque integrador, que aúne lo asistencial-individual y lo preventivo-colectivo, a la hora de describir y abordar los problemas y retos de salud de la población.

Bibliografía

- ABIÉTAR D.G., *¿Quiénes piensan las instituciones? Las redes de actores de salud en la futura Agencia Estatal de Salud Pública (AESAP)*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 140-144.
- ALKORTA IDIAKEZ I., *El Espacio Europeo de Datos Sanitarios: nuevos enfoques de la protección e intercambio de datos sanitarios*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- ÁLVAREZ GARCÍA V., *La teoría general del derecho de crisis aplicada a la lucha contra las epidemias y las pandemias*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 133, 2025, 13-43.
- ÁLVAREZ GARCÍA V., ARIAS APARICIO F., HERNÁNDEZ DIEZ E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una epidemia*, Iustel, Madrid, 2020.
- ARROYO JIMÉNEZ L., *Las caras del Derecho Administrativo transnacional*, *Revista de Administración Pública*, 218, 2022, 101-122.
- BELTRÁN AGUIRRE J. L., *Análisis crítica del proyecto de ley por el que se crea la Agencia Estatal de Salud Pública (BOCG 17-2-2023)*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 101-110.
- BERMEJO LATRE J. L., CIERCO SEIRA C., FERNÁNDEZ SALMERÓN M., MIR PUIGPELAT O., VIDA FERNÁNDEZ J., *Una aproximación a las fuentes de información jurídico-administrativa italianas: herramientas para investigadores y estudiosos*, *Revista de Administración Pública*, 159, 2002, 417-434.
- BOTTARI C. et al., *Sanità rurale e assistenza sanitaria decentrata*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2024.
- BUENO ARMIJO A. M., *La burocracia defensiva. Un ensayo de Derecho superheroi-co*, Marcial Pons, Madrid, 2025.
- CANALS AMETLLER D. et al., *La digitalización en los servicios públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2024.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS J., *European Health Law and Human Rights at the Crossroads: Exploring Tensions between Harmonization and Heterogeneity, Health Law and Policy from East to West: analytical perspectives and comparative case studies*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 55-84.
- CIERCO SEIRA C., *El letargo de la Ley General de Salud Pública, Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 135-165.
- «La huella de la vacunación en lo contencioso-administrativo», *Actas de los trigésimos terceros encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2024, 123-141.
- CIERCO SEIRA C., SALAMERO TEIXIDÓ L., *Salud Pública, Derecho administrativo para la excepción*, Iustel, Madrid, 2023, 407-436.
- CIERCO SEIRA C., SALA RÍOS M., *Las reservas de material sanitario estratégico: reflexiones legales y económicas*, *Revista de Derecho y Genoma Humano: Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, 59, 2023, 15-51.
- COLINO C. (coord.), *Retos de la gobernanza multinivel y la coordinación del Estado autonómico: de la pandemia al futuro*, INAP, Madrid, 2021.

- DÍAZ HERNÁNDEZ M., *El Reglamento de Inteligencia Artificial: un análisis desde el punto de vista sanitario*, *Derecho y Salud*, 33-2, 2023, 25-44.
- DOMÉNECH PASCUAL G., *Las regulaciones experimentales*, *Anuario del buen gobierno y de la calidad de la regulación*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 1, 2022, 103-146.
- ESTEVE PARDO J., *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- GALÁN CORDERO C., *La ciberseguridad de los sistemas de información en el ámbito de la asistencia sanitaria*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 129-139.
- GARCÍA FERRAZ J., *La articulación de la prestación sanitaria en torno a un sistema de igualdad mínima en el Estado italiano: estudio territorial de los livelli essenziali di assistenza*, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 38, 2025.
- GÓMEZ JIMÉNEZ M. L., *Salud Pública, emergencias sanitarias y co-gobernanza. Estudio del régimen jurídico de las prestaciones desde el Derecho comparado autonómico español antes de la próxima pandemia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- HARO ABAD A., *Intrusiones ilícitas y riesgos para el funcionamiento de los servicios sanitarios*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 111-128.
- JONES C. et al., *Artificial intelligence and clinical decision support: clinicians' perspectives on trust, trustworthiness, and liability*, *Medical Law Review*, 31 (4), 2023, 501-520.
- LATORRE LUNA L., *Límites y riesgos del big data y de la inteligencia artificial en el sector de la salud*, *Derecho y Salud*, 34, 2024, 55-65.
- LÓPEZ-ALMANSA BEAUS L., *El impacto de la inteligencia artificial en la mejora del consentimiento informado: análisis de la evolución de la legibilidad y la comprensión del paciente*, *Derecho y Salud*, 34, 2024, 71-92.
- LOZANO ESPAÑA A., *El derecho a la salud en la Unión Europea: los mecanismos de financiación europeos tras el covid-19*, en *La efectividad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2025, 163-190.
- LUQUIN BERGARECHE R. (dir.), *Servicios privados de telemedicina y salud digital: desafíos e implicaciones jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- (dir.), *Inteligencia artificial y digitalización de la salud*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025.
- MARTÍN AYALA M., *La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario*, *Derecho y Salud*, 33, 2023, 152-160.
- MARTÍNEZ NAVARRO J.A., *El derecho a la protección de la salud pública. Medicina preventiva y salud digital. Hacia la salud pública inteligente*, Editorial Colex, Madrid, 2023.
- MEDICI-COLOMBO G., *La litigación climática sobre proyectos. ¿Hacia un punto de inflexión en el control judicial sobre la autorización de actividades carbono-intensivas?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MEDINA ALCOZ L., *Responsabilidad patrimonial por reacción adversa a la vacunación: régimen general con referencia especial al caso del covid-19*, *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 6, 2022, 51-91.

- «La vida merece menos protección constitucional que la propiedad privada», *Almacén de Derecho*, febrero de 2026. <https://almacendederecho.org/la-vida-merece-menos-proteccion-constitucional-que-la-propiedad-privada>.
- MIER ALBERT J., *De la crisis de las «vacas locas» a la Covid-19. Gobernanza comunitaria de emergencias alimentarias y de salud pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- MOREU CARBONELL E., *Desafíos del modelo de empleo público tras la crisis sanitaria*, *Revista Jurídica de Asturias*, 47, 2024, 51-71.
- NAVAS NAVARRO S., *Datos sanitarios electrónicos. El espacio europeo de datos sanitarios*, Reus, Barcelona, 2023.
- OCHOGAVÍAS COLÁS J. I., *Régimen prestacional, obligatoriedad y responsabilidad por daños en materia de vacunación*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025.
- PEMÁN GAVÍN J.M., *Debilidades en la cohesión sanitaria. Un balance tras dos décadas de vigencia de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 21, 2024, 3-30.
- PÉREZ GÁLVEZ J. F., *Régimen jurídico de la medicina y telemedicina digital (Telemedicine driven by disruptive technologies, confirming the ongoing shift from the 'bedside' to the 'websites')*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.
- RAMÍO C., *El colapso de la Administración en España. Un análisis políticamente incorrecto*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2024.
- RODRÍGUEZ VILLANUEVA J., *La orden comunicada; necesidad de avanzar en su concreción y contenido*, *Revista General de Derecho Administrativo*, 65, 2024.
- SOLAIMAN B., *Telehealth in the Metaverse: Legal & Ethical Challenges for Cross-Border Care in Virtual Worlds*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 51 (2), 2023, 287-300.
- SUBÍAS BELTRÁN P., *Algorithmic Governance in Digital Health*, Aranzadi La Ley, Las Rozas, 2025.
- TAMAYO SÁEZ M. *et al.*, *Evaluación de la gestión de la pandemia COVID-19 en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

La “territorializzazione” della sanità in Italia

ALESSANDRA PIOGGIA

SOMMARIO: 1. Una “nuova territorializzazione. 2. La sanità territoriale nel primo impianto del Servizio sanitario nazionale. 3. Il progressivo declino della dimensione territoriale nella seconda riforma del sistema sanitario. 4. Un territorio impoverito di fronte a nuovi bisogni. 5. La sanità territoriale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. 6. I pericoli di un investimento solo “produttivo” sulla sanità territoriale.

1. Una “nuova” territorializzazione

La sanità italiana in questo momento sta attraversando un processo di revisione organizzativa dei servizi che potremmo sintetizzare con il termine “territorializzazione”.

Con tale espressione ci si riferisce ad un complesso di scelte di riorganizzazione che riguardano essenzialmente tre fronti. Il primo è relativo alle prestazioni di salute, e concerne quelle che vengono erogate al di fuori dell’ambiente ospedaliero, riguardano le cure primarie e ambulatoriali e in generale la cura per la salute negli ambienti di vita; il secondo è quello del coordinamento fra servizi sociali e sanitari, per fornire una assistenza integrata ai bisogni più complessi, un ambito, quest’ultimo che nel nostro sistema sconta un ritardo significativo; il terzo ed ultimo riguarda la maggiore attenzione alla salute di comunità, in termini di prevenzione, educazione sanitaria e, potenzialmente, di partecipazione.

L’occasione e lo strumento economico per attivare il ripensamento organizzativo su questi tre fronti vengono dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, PNRR, che in Italia, diversamente da quanto accaduto in Francia, Germania o anche Spagna, dedica un’intera Missione, la n. 6, alla salute, articolandola in due componenti: una dedicata a Innovazione, ricerca e digitalizzazione del Servizio Sanitario e l’altra, maggiore come importo economico, all’Assistenza sanitaria territoriale¹.

Un primo punto che merita sottolineare è che la ragione che ha con-

* Professoressa ordinaria di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Perugia.

¹ F. GIGLIONI, *Il rilancio dell’organizzazione territoriale del servizio sanitario nazionale*.

dotto alla scelta di riservare una parte importante della Missione salute alla dimensione territoriale è il grande impoverimento che su questo fronte dell'organizzazione sanitaria si è determinato nel nostro Paese, soprattutto negli ultimi vent'anni². Questo, nonostante la sanità territoriale in Italia abbia una straordinaria tradizione³. È proprio sotto il segno dell'organizzazione territoriale, come collante del complesso dei servizi per la salute, che, alla fine degli anni '70, nasce il nostro Servizio sanitario nazionale. La responsabilità pubblica dell'intero sistema di tutela della salute viene articolata organizzativamente e operativamente a partire dall'assistenza primaria, che nel territorio avrebbe dovuto rappresentare non solo la modalità di primo accesso dei cittadini e delle cittadine alla salute, ma anche lo snodo di coordinamento del complesso dei servizi erogati.

Nel modello precedente, quello mutualistico assicurativo, frutto di una impostazione liberale ispirata all'idea di Stato minimo, la dimensione territoriale era praticamente assente. Alla sfera pubblica spettava solo la vigilanza igienico sanitaria, che si sostanziava in controlli (su malattie infettive, alimenti, industria, suolo...) e autorizzazioni all'esercizio di attività sanitarie da parte dei privati (ambulatori, farmacie), con una primaria componente di sicurezza: le funzioni sanitarie, fino agli anni Cinquanta inoltrati, non a caso, appartenevano ad un dipartimento del Ministero dell'interno⁴.

In questo contesto mancava del tutto una organizzazione complessiva delle cure, che riguardasse la persona e la comunità⁵.

le, in G. RAZZANO (a cura di), *La missione salute del pnrr: opportunità e prospettive*, Jovene, Napoli, 2024, 121.

² Si veda in questo senso anche il *Rapporto 2021 sul coordinamento della finanza pubblica* della Corte dei conti, in cui, a pagina 275, si considera che "la riorganizzazione della rete di assistenza e l'uso complessivamente più appropriato delle strutture ospedaliere non sono stati accompagnati, in questi anni, da un rafforzamento dell'offerta dell'assistenza territoriale rivolta alla parte 'più debole' della popolazione, cioè anziani, disabili, malati terminali. In molti casi non sono raggiunte le soglie richieste, pur se fissate a livelli molto contenuti".

³ In proposito si veda anche quanto considerato da G. RAZZANO, *La missione salute del PNRR: le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti supreme e salute*, 2022, *passim*, spec. 12 ss.

⁴ Da un punto di vista organizzativo le funzioni si articolavano a livello nazionale in competenze attribuite al Ministero dell'interno; a livello decentrato i prefetti nominavano e vigilavano sull'attività dell'ufficiale sanitario medico provinciale; a livello locale, infine, il comune nominava il medico condotto, che forniva cure agli indigenti e a coloro che non erano iscritti ad alcuna cassa mutua. Gli ospedali, fino alla legge n. 431 del 1968, cosiddetta legge Mariotti, che li trasformerà in enti pubblici, erano gestiti dalle opere pie e spesso accoglievano le persone più vulnerabili nelle fasi terminali della malattia.

⁵ G. COSMACINI, *Storia della medicina e della sanità in Italia*, II ed., Laterza, Roma/Bari, 2021.

2. *La sanità territoriale nel primo impianto del Servizio sanitario nazionale*

La legge n. 833 del 1978 introduce per la prima volta una piena responsabilità pubblica per la tutela della salute della persona e della collettività⁶. Il cambiamento è radicale. L'attenzione pubblica per la salute individuale non è più limitata alla questione dell'accessibilità economica alla cura della malattia, ma si sostanzia nella realizzazione di un insieme dei servizi pubblici, finanziati con la fiscalità generale, che si prendono cura gratuitamente della salute di tutte e di tutti⁷. È significativo anche il diverso approccio alla salute: non solo mirante a garantire il recupero di quella perduta, ma rivolto anche e prioritariamente alla sua "promozione e mantenimento". Un servizio anche per le persone sane, non solo per quelle malate. Questo ampliamento della prospettiva, dalla sola malattia, alla più complessiva salute, estende l'impegno pubblico alle funzioni sanitarie erogate fuori dall'ambiente ospedaliero, quali la prevenzione, l'educazione sanitaria, la presa in carico tempestiva delle malattie attraverso le cure primarie, la prossimità dei servizi, l'attenzione alle condizioni economiche e sociali che incidono sulla salute⁸.

In questo progetto, la definizione, oltre che l'erogazione dei servizi per la salute, a partire dai territori e nei luoghi di vita e lavoro (la casa, la fabbrica), erano legate a doppio filo con l'idea della partecipazione, del coinvolgimento e soprattutto della responsabilizzazione della comunità interessata. Significativo in questo senso è il concetto di distretto che, prima che una articolazione per la dislocazione dei servizi, era immaginato come una "comunità", un insieme di "cittadini che comunicano tra loro, hanno problemi comuni e possono esprimere comuni bisogni"⁹. Del resto, alla legge del 1978 si arrivava dopo un intenso dibattito pubblico, prima che politico e parlamentare, che aveva visto coinvolti i sindacati (molto attivi

⁶ G. BERLINGUER, *Gli anni difficili della riforma sanitaria*, De Donato, Bari, 1982.

⁷ Come è noto, il modello italiano trae ispirazione da quello britannico, nato nel 1948 e basato sul principio dell'universalismo delle prestazioni. In tema la letteratura è ovviamente sterminata, ma si veda di recente l'utile ricostruzione di N. DENTICO, G. MACIOCCO, *Storia di una magnifica intuizione politica: il principio di universalismo in salute*, in *Politiche Sociali*, 2023, 387.

⁸ M.A. MODOLO, A. SEPPILLI, *Educazione sanitaria. L'educazione sanitaria, la partecipazione e la difesa della salute*, Il pensiero scientifico, Roma, 1981. Ampiamente sulla centralità dell'assistenza territoriale nell'impianto del modello definito dalla legge 833 anche N. DIRINDIN, *Cure primarie: ora o mai più. Salute, diseguaglianze sociali e assistenza territoriale*, in *La salute umana*, 2022, 27.

⁹ A. SEPPILLI, "Briciole"...parlando di salute, Delta editrice, Perugia, 1989, 173.

sul fronte della salute nelle fabbriche), ma anche gli studenti e ampie fasce della cittadinanza¹⁰. Un'impronta forte in questo senso veniva anche dalla pionieristica esperienza della contestazione del trattamento psichiatrico in ambiente ospedaliero, che era maturata attraverso una sensibilizzazione sociale e politica alla questione, e aveva fatto della cura della persona con patologie psichiatriche sul territorio il suo cavallo di battaglia¹¹.

Il nascente Servizio sanitario nazionale si costruisce, così, proprio come rete di tutela che parte dai luoghi in cui si svolge la vita delle persone e delle comunità e in cui l'organizzazione territoriale ha anche l'importante funzione di garantire una *“gestione unitaria della tutela della salute... in modo uniforme su tutto il territorio nazionale”*¹².

Il primo obiettivo della riforma era, infatti, proprio quello di dare unità ad un sistema che fino a quel momento si presentava come un arcipelago di attori (mutue, professionisti convenzionati, ospedali) e funzioni (vigilanza pubblica, finanziamento mutualistico, erogazione) non riconducibili a sistema e non impiegabili in una vera e propria politica sanitaria. L'unità del sistema serviva anche a dare uniformità all'organizzazione e, attraverso di essa, a garantire uguaglianza fra territori e cittadini e cittadine. Occorreva, infatti, conferire concretezza ad un diritto, quello alla salute che, nonostante il dettato costituzionale, non aveva fino a quel momento preso corpo unitario, frammentato com'era fra una molteplicità di diritti di credito, che dipendevano dal rapporto con la cassa mutua di riferimento, e diritti a prestazione limitati e non uniformi¹³.

Nel corso degli anni Ottanta, le politiche sanitarie andarono effettivamente in questa direzione, cercando di dotare le Unità sanitarie locali (USL), le quali agivano a livello territoriale come organi operativi dei Comuni singoli o associati, della stessa capacità di servizio.

Ma quelli furono anche gli anni in cui il Paese iniziò a confrontarsi con le politiche di contenimento della spesa pubblica, ivi compresa quella sanitaria, soprattutto in conseguenza del “vincolo esterno” che era seguito all'entrata dell'Italia nel Sistema monetario europeo¹⁴. Alla crescente

¹⁰ C. GIORGI, I. PAVAN, *“Un sistema finito di fronte a una domanda infinita”*. *Le origini del Sistema sanitario nazionale italiano*, in *Le carte e la storia*, 2018, 103.

¹¹ A. PIOGGIA, *Dopo quaranta anni la riforma dei servizi psichiatrici contiene ancora una importante lezione sul servizio pubblico e sul suo ruolo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2018, 817.

¹² Così nel primo comma dell'articolo 10 della legge n. 833 del 1978.

¹³ U. ASCOLI, *Welfare, assistenza e terzo settore*, in C. GIORGI (a cura di), *Welfare. Attualità e prospettive*, Carocci, Roma, 2022, 269 ss.

¹⁴ F. TOTH, R. LIZZI, *Le trasformazioni silenziose delle politiche sanitarie in Italia e*

pressione sulla spesa sanitaria, si aggiunse anche la mancata adozione del Piano sanitario nazionale, che avrebbe dovuto assicurare unità di indirizzo ad un sistema che aveva fatto della prossimità dei servizi e della territorialità la propria cifra, ma che necessitava di coordinamento proprio per il gran numero di centri decisionali costituiti dalle Unità Sanitarie Locali. Anche il governo di queste ultime, composto da amministratori comunali¹⁵, non diede buona prova di sé, mostrando i limiti della capacità del vertice politico di esse di assumere decisioni funzionali all'organizzazione dei servizi e, nel peggiore dei casi, esponendo la gestione allo scambio elettorale e alla corruzione¹⁶.

3. *Il progressivo declino della dimensione territoriale nella seconda riforma del sistema sanitario*

All'inizio degli anni Novanta il servizio sanitario italiano è oggetto di una seconda importante riforma¹⁷.

L'effetto catalizzatore della grande crisi finanziaria, in *Stato e mercato*, 2019, 297; C. GIORGI, *Politica e salute. La sanità italiana nella crisi del welfare*, in *Studi storici*, 2023, 345; C. GIORGI, I. PAVAN, *Storia dello Stato sociale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2021.

¹⁵ Il governo delle Usl, costituito da Assemblea generale, Comitato di gestione e Presidente, era integralmente affidato ai comuni singoli o associati che vi partecipavano con i propri rappresentanti politici. L'Assemblea generale coincideva, infatti, con il Consiglio comunale, in caso di sovrapposizione fra territorio del comune e dell'Unità sanitaria, e con l'Assemblea generale dell'associazione dei comuni o della comunità montana nell'ipotesi di inclusione di più comuni nell'area dell'Usl. L'Assemblea generale di quest'ultima eleggeva poi, con voto limitato, il Comitato di gestione, il quale nominava al suo interno il proprio Presidente. Tutti i poteri di amministrazione spettavano al Comitato di gestione, fatta salva l'approvazione da parte dell'Assemblea generale degli atti fondamentali, quali, ad esempio, bilanci, conti consuntivi, pianta organica del personale.

¹⁶ E. MENICETTI, *L'aziendalizzazione dell'organizzazione del Servizio sanitario nazionale: l'azienda USL nelle attuazioni regionali*, in A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del Servizio sanitario. Un primo bilancio*, Franco Angeli, Roma, 2007, 23; M. FERRERA, *La composizione partitica e socioprofessionale dei comitati di gestione della legislatura 1980-85*, in M. FERRERA, G. ZINCONI (a cura di), *La salute che noi pensiamo*, il Mulino, Bologna, 1986, 227; C. GIORGI, *Politica e salute. La sanità italiana nella crisi del welfare*, cit., 358 ss.

¹⁷ Su cui si vedano i contributi contenuti in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, il Mulino, Bologna, 2010; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, Giappichelli, Torino, 2007, 39 ss.; C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Giappichelli, Torino, 2009, 15 ss. Una efficace ricostruzione è anche in N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo speciale*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, I, 625.

Nelle dichiarazioni di intenti si trattava di una riorganizzazione che non avrebbe dovuto toccare i principi del sistema, ma unicamente migliorare funzionalità e soprattutto sostenibilità economica dei servizi. Ma, come è noto, l'organizzazione non è un dato neutrale rispetto alla funzione¹⁸: una diversa organizzazione esprime sempre un diverso modo di vedere il ruolo e i compiti dell'apparato del quale disciplina il funzionamento¹⁹.

L'atmosfera culturale in cui matura questa seconda riforma è radicalmente diversa da quella di due decenni prima: la forza pervasiva dell'impostazione, prima solo economica e poi ampiamente politica, del neoliberismo si fa sentire; si affermano linee di pensiero organizzativo, come quella del *new public management*, che promuovono la privatizzazione di parte dell'amministrazione pubblica o l'innesto di forme di competizione e modelli privatistico aziendali nel funzionamento delle istituzioni amministrative.

Le "parole" del decreto legislativo che definisce la seconda riforma della sanità, il n. 502 del 1992, sono significative: le strutture di erogazione, enti pubblici strumentali della regione, vengono nominate come "aziende", e la loro capacità di fare scelte organizzative relative al funzionamento viene qualificata come "autonomia imprenditoriale"²⁰. Anche la legge delega che dà avvio alla riforma individua come finalità quelle di "ottimale e razionale utilizzazione delle risorse", del perseguimento della "migliore efficienza" e del "contenimento della spesa"²¹.

¹⁸ Sul rapporto fra diritto alla salute e organizzazione, si veda la convincente ricostruzione di C. TUBERTINI, *Diritto alla salute, organizzazione e risorse finanziarie. Lo stato attuale della questione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. I, BUP, Bologna, 2018, 546. In tema anche l'interessante ragionamento di V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità. L'organizzazione come "veicolo" di eguaglianza*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019. Da ultimo, sempre in tema, rinvio a A. PIOGGIA, *Diritti dell'individuo e organizzazione della sanità*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, BUP, Bologna, 2019, 579.

¹⁹ Come considera C. GIORGI, *La sanità italiana nella crisi del welfare*, cit., 364, diversamente da quanto era avvenuto in occasione dell'istituzione del Servizio sanitario nazionale, il progetto di riforma che matura all'inizio degli anni '90, "non venne accompagnato da nessun dibattito politico e scientifico, ma trasse alimento da quanto circolava da anni in materia di revisione del Ssn negli ambienti di governo e non solo".

²⁰ Utili e interessanti, a questo proposito, le considerazioni di G. M. RACCA, *Salute*, in B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di) *Enciclopedia del diritto – I Tematici – Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 1003 ss.

²¹ Ad ispirare la revisione del sistema, fra gli altri, fu anche l'allora ministro della salute, De Lorenzo, che apparteneva alla forza politica che aveva contrastato la riforma del 1978 e che, a proposito delle modifiche introdotte al Servizio sanitario con il d.lgs. 502 del 1992, riferiva dell'obiettivo di "allineare l'Italia ai meccanismi di libera concorrenza"

Sotto il profilo del rapporto fra aziende sanitarie ed erogatori privati accreditati, inizialmente la scelta va nella direzione di una vera e propria competizione, per quanto "amministrata". L'idea era quella di lasciar scegliere alla persona la struttura nella quale ricevere cure, compensando le prestazioni all'erogatore, pubblico o privato, che le avesse effettivamente fornite, innescando così una dinamica competitiva. Pochi anni dopo, nel 1999, con il d.lgs. 229, la riforma subisce un aggiustamento, rimodellando la relazione fra erogatori secondo il criterio della "collaborazione amministrata": l'accreditamento dei privati è contenuto nel quadro della valutazione delle esigenze di servizio stimate dalla regione e, per ciascun erogatore, gli accordi contrattuali definiscono un tetto massimo di prestazioni erogabili a spese della sanità regionale²². L'impianto complessivo, tuttavia, continua ad essere definito dalla necessità di governare la spesa e di coordinare la compresenza di fornitori pubblici e privati, e questo viene fatto scomponendo l'originario concetto di "cura della persona" in una pluralità di prestazioni, erogate da centri di spesa differenti, ma remunerate attraverso modalità uniformi di misurazione dei costi.

La sanità diventa così una organizzazione pensata essenzialmente in termini aziendali, mossa da logiche economico-prestazionali, in cui la salute non è più questione anche politica e collettiva, ma ambito di produzione di servizi²³.

Il progressivo indebolimento della sanità territoriale affonda le sue radici, prima che in scelte organizzative precise, proprio in questa trasformazione culturale.

Un esempio significativo riguarda l'impatto del meccanismo di remunerazione a prestazione sulle scelte organizzative. Il modello è comune per le prestazioni erogate direttamente dal pubblico e quelle erogate dai privati a spese del sistema sanitario. Anche nelle strutture pubbliche, quindi, il finanziamento dipende dalla quantità e tipologia dei servizi erogati. Questo spinge a concentrare maggiori investimenti in termini di personale e strutture sulle prestazioni "economicamente" più redditizi-

presenti in Europa e di "liberalizzare le prestazioni introducendo elementi di competitività tra pubblico e privato". Riporta queste dichiarazioni, R. BINDI, *La salute impaziente*, Jaca Book, Milano, 2005, 21.

²² M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Maggioli, Rimini, 2012.

²³ F. TARONI, *Politiche sanitarie in Italia. Il futuro del Ssn in una prospettiva storica*, Il Pensiero Scientifico, Roma, 2011, 250 ss. Per più ampie considerazioni in merito si rinvia anche ad A. PIOGGIA, *La lezione dell'epidemia di Covid-19 sul sistema sanitario e il suo ruolo*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, 20 ss.

zie. La circostanza per cui queste ultime appartengono prevalentemente all'ambito ospedaliero, assegna ad esso una centralità nuova nel sistema, non sempre determinata da effettive esigenze di salute della comunità, ma, di fatto, risultante dalla maggiore propensione dell'organizzazione a spingere verso le prestazioni ospedaliere che sono meglio remunerate²⁴.

Più profondamente, il sistema sanitario viene indotto a ripensarsi e riorganizzarsi internamente intorno alla dimensione economico produttiva per prestazioni economicamente misurabili e questo lascia progressivamente in ombra attività come educazione sanitaria, promozione di stili di vita salutari, ascolto e informazione, che non si traducono in singole erogazioni di servizio, ma riguardano il rapporto con la comunità e il suo coinvolgimento nella definizione di una idea condivisa di salute.

Mentre si impoverisce l'assistenza territoriale, anche l'approccio alla persona si trasforma. La nozione di prestazione, che ha sostituito quella di cura, finisce per disarticolare la relazione medico-paziente in una pluralità di momenti in cui viene somministrato un servizio, fornito un farmaco, garantito un presidio medico. Ad indebolirsi, così, è ciò che non può essere ricondotto ad attività produttiva, valorizzato e misurato in termini economici, come il tempo dedicato all'ascolto, l'azione che cuce e tiene unite le prestazioni in un rapporto di cura²⁵, o, ancora, la continuità che costruisce la relazione, anche attraverso la conoscenza e la fiducia. In

²⁴ Nel documento del Consiglio Superiore di Sanità del Ministero della Salute, *Riflessioni e prospettive sull'utilizzo dei DRG: un nuovo modello di applicazione e sviluppo*, 12 ottobre 2021, 8, https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pub-blicazioni_3310_allegato.pdf, si considera come "poiché con il sistema DRG gli ospedali vengono finanziati in base alle prestazioni erogate, è evidente l'incentivo ad aumentare la casistica e il numero dei pazienti trattati. Se però ad aumentare sono i pazienti che potrebbero essere curati in setting territoriali e non necessariamente con un ricovero ospedaliero, in questo caso l'efficienza gestionale, l'appropriatezza clinica e, in ultima analisi, il rapporto costo-beneficio assistenziale nel complesso ne risentono in maniera negativa". Si veda in proposito anche A. DONZELLI, *Servizio sanitario nazionale e partecipazione: Una riforma strutturale per la Sanità: pagare la salute, non la malattia*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, 2017, 1002, che scrive: "Chi lavora in ospedali pagati a DRG/tariffe, sperimenta il disaccoppiamento tra obiettivi di salute, attribuiti a parole, e i modelli di pagamento operanti nei fatti, e comprende che a far aumentare le entrate per l'ospedale, e alla fine per chiunque vi operi, non è la salute prodotta, ma sono le prestazioni dichiarate".

²⁵ In tema, da ultimo, S. SPINSANTI, *La responsabilità della cura. Oltre l'orizzonte delle prestazioni sanitarie*, Il pensiero scientifico editore, Roma, 2024. Per una valorizzazione dell'etica della cura in una prospettiva più ampia, in grado di coinvolgere l'intera amministrazione di prestazione e, in parte, anche l'amministrazione di autorità, si rinvia a A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione. Come il pensiero femminista può cambiare in meglio le nostre amministrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2024.

questo modo le esigenze di salute più complesse ricevono, non di rado, risposte sgranate attraverso una pluralità di prestazioni, che, soprattutto quando erogate da centri di spesa differenti, non risultano in alcun modo coordinate o integrate.

Anche la capacità di rilevazione dei bisogni si indebolisce. Progressivamente viene meno quel rapporto con la comunità e il territorio che consente di intercettare le necessità che faticano a raggiungere l'amministrazione di servizio e, spesso, chi è più fragile e vulnerabile resta ai margini. La comunità, del resto, è ampiamente uscita dall'orizzonte di riferimento del sistema: fatte salve le iniziative di prevenzione, la sanità si concentra essenzialmente sul paziente/utente/cliente.

Su tutto questo si innestano infine due processi diversi che hanno importanti ricadute anche sulla consistenza del diritto e sull'uguaglianza nel suo godimento. Il primo è la decrescita del finanziamento della sanità²⁶, che, nelle scelte di allocazione delle risorse a livello regionale, spesso accentua proprio l'impoverimento della sanità territoriale²⁷. Il secondo è l'accresciuta autonomia regionale nelle decisioni inerenti l'organizzazione della sanità, che aumenta il divario fra le regioni anche in termini di capacità di risposta territoriale ai bisogni di salute²⁸.

4. *Un territorio impoverito di fronte a nuovi bisogni*

Le conseguenze delle trasformazioni sopra brevemente richiamate si colgono in termini di impoverimento della risposta ai bisogni di salute che il sistema è in grado di fornire con capillarità sul territorio, e si mostrano con lampante evidenza proprio durante la pandemia²⁹. Soprattutto nei primissimi mesi, appare chiaro che nelle regioni in cui si tende a ricoverare di più, proprio per la ridotta capacità dei servizi territoriali di erogare assistenza anche a domicilio, a parità di contagi, la mortalità

²⁶ R. CAVALLO PERIN, *Il welfare state nell'Unione europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 2013, 37.

²⁷ Si veda in proposito il Report Osservatorio Gbe n. 7/2019, *Il definanziamento 2010-2019 del Servizio Sanitario Nazionale*, 3, in https://www.gimbe.org/osservatorio/Report_Osservatorio_GIMBE_2019.07_Definanziamento_-SSN.pdf#page=13.

²⁸ A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, 37.

²⁹ Si rinvia in proposito alle più articolate considerazioni contenute in A. PIOGGIA, *La sanità italiana di fronte alla pandemia. Un banco di prova che offre una lezione per il futuro*, in *Diritto pubblico*, 2020, 385.

è più elevata³⁰. Più in generale, la necessità di fronteggiare esigenze di prevenzione e cura che riguardano l'intera popolazione sfidano i servizi territoriali e la loro capacità di interloquire da vicino con i singoli e con la comunità, e, laddove questi servizi si presentano più fragili, è tutta la sanità regionale a subirne l'impatto.

Ma la pandemia è solo una occasione per portare all'attenzione pubblica gli effetti dell'impovertimento della sanità territoriale sulla capacità di dare risposte ai bisogni della collettività, bisogni che nel tempo sono cambiati e che richiedono sempre di più una presa in carico in grado di andare oltre il ricovero ospedaliero³¹. L'invecchiamento della popolazione, con il conseguente aumento delle necessità di assistenza sanitaria, e il cronicizzarsi di patologie che fino a pochi decenni fa erano mortali, definiscono esigenze di cura che riguardano la convivenza con la malattia e non possono che ricevere risposta sul territorio e a domicilio.

Infine, c'è la questione della sostenibilità economica. L'assistenza ospedaliera è molto più onerosa di quella erogata a domicilio. Un giorno di ricovero non costa mai meno di 400 euro e può arrivare a superare il migliaio di euro³², mentre il costo dell'assistenza a domicilio può raggiungere questi importi per le prestazioni erogate in un mese e solo in casi di intensità assistenziale elevata. Oltre al costo più contenuto, non c'è dubbio che l'assistenza territoriale sia essenziale anche per prevenire e trattare tempestivamente patologie che nella loro evoluzione non controllata finirebbero per richiedere costosissimi ricoveri ospedalieri. Lo stesso vale per le patologie legate all'età anziana e soprattutto per la non autosufficienza che, quando non adeguatamente sostenute in ambito territoriale, si traducono in ricoveri inappropriati.

Di qui la scelta del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza di rivedere in profondità un sistema che da qualche anno viene correntemente ed efficacemente definito "ospedalocentrico".

³⁰ M. MARANGOLO e M. DE ROSA, *Covid-19. Regioni a confronto*, in *Salute internazionale*, 28 aprile 2020, <https://www.saluteinternazionale.info/2020/04/covid-19-regioni-a-confronto/>.

³¹ E. JORIO, D. SERVETTI, *La difficile riforma dell'assistenza primaria, tra legge statale, accordi collettivi e programmazione regionale*, in *Corti supreme e salute*, 2019, 259.

³² Dati che possono agevolmente trarsi dal portale statistico dell'AGENAS, <https://stat.agenas.it/web/index.php?r=site/public>

5. *La sanità territoriale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Alla sanità il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dedica l'ultima missione, la numero 6³³.

La scelta di riservare una parte così importante del Piano al sistema sanitario, come già accennato, non ha pari nelle altre esperienze europee di programmazione dell'impiego dei fondi messi a disposizione con il Next Generation UE. Si tratta di una specificità nazionale, che conferma l'esigenza di intervenire significativamente in un ambito, quello sanitario, che nel nostro Paese richiede una revisione profonda proprio in termini di ruolo dei servizi territoriali³⁴.

L'impianto della missione 6 del PNRR si articola intorno ad un principio, declinato come "la casa come primo luogo di cura". Da questo discende la scelta di rafforzare il sistema di prestazioni che possono essere efficacemente erogate sul territorio, a domicilio, ma anche attraverso servizi di prossimità. L'intento è certamente anche quello di alleggerire l'assistenza ospedaliera in senso proprio, che dovrebbe essere riservata solo ai casi in cui un ricovero è effettivamente necessario ad assicurare cure appropriate.

L'obiettivo di servizio è quello di arrivare ad assistere a domicilio il 10% delle persone ultrasessantacinquenni, partendo da una situazione, quella nazionale, molto diversificata fra le regioni e in cui la media complessiva non arriva al 6%. Un risultato sfidante.

Gli snodi della riorganizzazione necessaria a raggiungere questo obiettivo, e complessivamente orientata al rafforzamento dell'assistenza erogata a livello territoriale, sono stati individuati, in attuazione del PNRR, dal d.m. n. 77 del 2022, il *Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale*.

Il decreto si concentra sulla ridefinizione delle strutture presenti nelle articolazioni territoriali delle aziende sanitarie, i distretti. Innanzi tutto, si prevede la presenza, in ciascun distretto di Case della comunità, che dovranno fornire assistenza primaria alla popolazione di riferimento, anche attraverso attività di promozione della salute e di prevenzione, e in cui sarà possibile ricevere sia servizi di medicina di base, sia servizi ambulatoriali, sia prestazioni di carattere sociosanitario³⁵. All'interno delle Case della comunità opereran-

³³ Su cui si veda il n. 45 del 2020 della rivista dell'AGENAS, Monitor, https://www.agenas.gov.it/ima-ges/agenas/monitor/Agenas_Monitor_45_DOPPIE_Web.pdf

³⁴ G. RAZZANO (a cura di), *La missione salute del pnrr: opportunità e prospettive*, cit.

³⁵ In tema si veda E. ROSSI, Le "Case della comunità" del PNRR: alcune considerazioni su un'innovazione che merita di essere valorizzata, in *Corti supreme e salute*, 2021, n. 2.

no, quindi, una pluralità di professionalità, che vanno dalla medicina generale e la pediatria, fino alla specialistica ambulatoriale, l'ostetricia, l'infermieristica, la psicologia, l'assistenza sociale e altre professionalità sanitarie. Grazie alle Case della comunità, alla popolazione di riferimento dovrebbe essere assicurato l'accesso coordinato ai servizi sanitari anche attraverso la presenza in ciascuna di esse di un punto unico di accesso, che, rilevati i bisogni sanitari della persona richiedente, provvede ad organizzare i servizi necessari a soddisfarli. Un altro ruolo chiave delle Case della comunità è quello della presa in carico delle persone con patologie croniche e delle persone non autosufficienti, che richiedono continuità di cura e prestazioni che spesso debbono essere erogate nel luogo di vita, attraverso l'assistenza domiciliare.

Un aspetto chiave delle Case della comunità, coerentemente con la denominazione che ad esse è stata data, riguarda il rapporto con la popolazione di riferimento. Negli intenti espressi dal Decreto ministeriale prima citato, che le ha istituite e disciplinate, la comunità degli assistiti non dovrebbe essere semplicemente destinataria di servizi, ma dovrebbe diventarne parte attiva, attraverso la valorizzazione delle competenze presenti al suo interno, anche contribuendo a definire nuove soluzioni di servizio per migliorare qualità della vita e del territorio. In quest'ottica, sia la costituzione, sia il funzionamento delle Case della Comunità dovrebbero riservare un importante spazio alla partecipazione.

Oltre a queste strutture, nel distretto dovrà essere presente anche un Ospedale di comunità, ovvero una struttura di ricovero che possa accogliere chi viene dimesso da un ospedale per acuti, ma non può ancora rientrare a domicilio, dal momento che richiede ancora cure e riabilitazione. Questo tipo di struttura ha, per l'appunto, una funzione "intermedia" fra l'ospedale in senso proprio e la casa.

A coordinare il percorso della persona bisognosa di cura fra l'accesso ai servizi attraverso la Casa della comunità, la diagnosi, l'eventuale ricovero ospedaliero, il passaggio per l'Ospedale di comunità, il ritorno a casa, con eventuale assistenza domiciliare, o l'accoglienza in una struttura protetta, sarà la Centrale Operativa Territoriale, anch'essa presente in ogni distretto.

6. I pericoli di un investimento solo "produttivo" sulla sanità territoriale

Il progetto contenuto nel PNRR, nella declinazione che ne ha dato il Decreto ministeriale n. 77, va certamente salutato con favore. Tornare ad

investire sulla sanità territoriale è indubbiamente una modalità funzionale a rendere il sistema sanitario italiano meglio in grado di rispondere ai bisogni di salute che oggi sempre di più sfidano la sanità pubblica³⁶.

Non si può non sottolineare, tuttavia, come la prospettiva di riforma non sembri essere stata accompagnata da un dibattito in grado di rimettere in seria discussione le cause che hanno portato all'impoverimento della sanità territoriale. Come abbiamo considerato nelle pagine precedenti, il disinvestimento sui servizi di prossimità, sull'educazione sanitaria, sulla relazione con la comunità, hanno alla radice una trasformazione anche culturale dei servizi, che incide sulla stessa visione politica della salute.

Se l'approccio resta quello economico produttivo alla salute, l'unico effetto sarà quello di spostare il luogo di erogazione di alcune prestazioni dall'ospedale di alta specialità agli ospedali di territorio (gli Ospedali di comunità), agli ambulatori raggruppati all'interno delle Case della comunità e, in alcuni casi, a domicilio del paziente. Senza una revisione profonda di un modo di guardare alla salute come oggetto di prestazioni da misurare in termini economici, anche la comunità sarà evocata solo nei nomi dati alle strutture del distretto (Case della comunità, Ospedali di comunità) e nulla più.

Ma il peggio che potrebbe capitare non è lo scarso effetto innovativo di una operazione di revisione dell'organizzazione della sanità di territorio, per così dire "di superficie"; altri rischi si profilano, sono diversi, e qui se ne segnalano tre.

Il primo riguarda le persone e la loro presa in carico.

Spostare sul territorio e sulla casa la sede delle cure, mantenendo un approccio concentrato sulla singola prestazione e sul suo costo, senza preoccuparsi di una presa in carico complessiva, che coinvolga la sanità in maniera più consistente, senza dialogare con servizi sociali rinnovati e rifinanziati, che non siano solo una stampella per la povertà estrema, senza occuparsi in maniera strutturata del ruolo che può avere la comunità fatta di famiglia, vicinato, rete di relazioni, volontariato, associazionismo, rischia di lasciare soli i più deboli, scaricando sui singoli e sulla famiglia gli oneri nascosti della cura.

³⁶ Si veda in proposito anche quanto scrive N. DIRINDIN, *Cure primarie: ora o mai più. Salute, diseguaglianze sociali e assistenza territoriale*, cit., 37, quando considera che "un sistema sanitario con una robusta rete territoriale potrebbe contribuire a modulare l'offerta assistenziale a partire dai reali bisogni delle persone più vulnerabili, e non dalle prestazioni che i produttori, pubblici e privati, sono disposti (o hanno convenienza) a offrire".

È significativo in questo senso il caso delle cure domiciliari per le persone anziane non autosufficienti³⁷. La non autosufficienza è una condizione che richiede cure continue, globali e di lunga durata: sette giorni su sette, ventiquattro ore su ventiquattro, per tutte le 8766 ore che compongono ogni anno. Nelle strutture residenziali (ospedali, ma soprattutto residenze sanitarie) di questo si occupa il personale medico, infermieristico e socio sanitario. Ma se la persona resta a domicilio, così come il PNRR prevede, individuando l'obiettivo del quasi raddoppio delle persone ultrasessantacinquenni assistite a casa, il peso della convivenza con la malattia rischia di gravare interamente sulla persona e sulla sua famiglia. In Italia l'assistenza domiciliare integrata offerta alle persone non autosufficienti è fatta di cose (medicinali, ausili, prodotti nutrizionali) e qualche visita, prevalentemente infermieristica³⁸: la media di ore trascorse a domicilio del paziente da parte del personale sanitario nell'assistenza a casa è di diciotto all'anno, 222 in meno della media europea.

Negli allegati al PNRR si stima che il 60% dei nuovi assistiti a domicilio riceverà solo un accesso al mese di personale sanitario, il 20% tre accessi al mese, il 10% 7 accessi al mese, e il 4% 12 accessi al mese; solo al 6% degli assistiti saranno assicurate cure domiciliari con almeno 15 accessi al mese.

Tutte le ore di assistenza non coperte, mediamente 8648 in un anno, gravano sul caregiver, che nel 70% dei casi è un membro della famiglia, quasi sempre donna. Il rischio di povertà per una famiglia che ha una persona non autosufficiente in casa è doppio rispetto alla media nazionale, la rinuncia al lavoro delle e dei caregiver riguarda quasi il 60% di loro, ma il dato forse più allarmante è quello che riguarda la salute di chi svolge in maniera esclusiva una attività di cura di una persona cara malata. La Premio Nobel 2009 per la medicina, Elizabeth Blackburn, attraverso i suoi studi su stress e telomerasi, ha stimato che l'aspettativa di vita delle persone che fanno da caregiver familiari è fino a 17 anni inferiore di quella media della popolazione³⁹.

³⁷ M.A. SANDULLI (a cura di), *L'assistenza domiciliare integrata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021.

³⁸ Dai dati riportati in F. ENRICHENS, A. BORGHINI, S. FURFARO, M. COSENTINO, *La casa come primo luogo di cura per il cittadino – centrali operative territoriali e assistenza domiciliare*, in Agenas Monitor, n. 45, 2021, 27 ss., nel 2019, il 40% degli assistiti a domicilio ha ricevuto interventi "di base", ovvero meno di 4 accessi al mese, il 23% interventi di primo livello (tra i 4 e i 9 accessi al mese), il 23% di secondo livello (tra i 10 e i 15 accessi al mese), il 3% interventi di terzo livello (tra i 16 e i 18 accessi mese e l'11% più di 15 accessi/mese (quarto livello).

³⁹ H. LAVRETSKY, E.S. EPEL, P. SIDDARTH, N. NAZARIAN, N.S. CYR, D.S. KHALSA, J. Lin, E. BLACKBURN, & M.R. IRWIN, *A pilot study of yogic meditation for family dementia*

Il secondo pericolo riguarda il paradosso dell'uniformità nel rapporto con l'uguaglianza. L'operazione PNRR sull'assistenza territoriale è una manovra a forte tasso di uniformità, che, sotto la scure della condizionalità delle risorse, impone alle regioni modelli organizzativi che impattano in maniera forte sull'assetto attuale (una Casa della comunità ogni 50.000 abitanti, una Centrale operativa territoriale e un Ospedale di comunità ogni 100.000 abitanti). Ma il punto di partenza non è lo stesso in tutte le regioni⁴⁰. L'assistenza territoriale negli ultimi vent'anni ha preso direzioni estremamente diverse nelle differenti regioni. Lo stesso è accaduto per l'integrazione fra servizi sociali e sanitari e per il ruolo del privato. Il principio del "la casa come primo luogo di cura" rischia così di avere significati radicalmente diversi nei territori regionali⁴¹. L'aumento delle persone assistite in questo modo, che a livello nazionale deve arrivare al 10% degli ultrasessantacinquenni, sfida le regioni in modo differente, molto differente: infatti, se Emilia-Romagna, Toscana e Veneto per raggiungere il target 2026 devono aumentare i pazienti assistiti a domicilio rispettivamente del 35%, del 42% e del 50%, in alcune Regioni del Centro-Sud i gap sono abissali: la Campania deve incrementarli del 294%, il Lazio del 317%, la Puglia del 329% e la Calabria addirittura del 416%. C'è poi il rapporto con il privato che avrà impatti importanti sulla revisione dell'assistenza. In alcune realtà, come il Lazio, l'assistenza domiciliare è erogata per oltre l'80% da privati, in altre, come l'Umbria, è praticamente tutta pubblica. C'è da pensare che nelle realtà in cui l'assistenza domiciliare è quasi completamente affidata ai privati accreditati sarà più complicato sviluppare prese in carico complesse e integrate con i servizi sociali e sviluppare modalità assistenziali innovative attraverso gli investimenti sulla

caregivers with depressive symptoms: Effects on mental health, cognition, and telomerase activity, in *International Journal of Geriatric Psychiatry*, 2018, 57.

⁴⁰ L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos*, 2020, 1; G. VICARELLI, E. SPINA, *Diseguaglianze e Servizio Sanitario Nazionale: una contraddizione irrisolvibile?*, in *Politiche sociali*, 2020, 77.

⁴¹ Amplificando diseguaglianze che già attraversano il nostro Paese. In tema, F. LAUS, *La differenziazione regionale in sanità: le prestazioni*, in *Gior. dir. amm.*, 3, 2019, p. 283; A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, cit. 37; C. COLCELLI, *Salute e sanità nel Mezzogiorno: tendenze e criticità*, in *Le Regioni*, 2018, p. 703; V. MOLASCHI, *Le disuguaglianze sostenibili nella Sanità*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Giappichelli, Torino, 2006, 58; G. BERTI, G. C. De MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Giuffrè, Milano, 2003.

telemedicina. Ma le differenze non riguardano solo l'assistenza domiciliare. Anche la realizzazione delle Case della comunità ha un impatto molto diverso sulle sanità regionali. Alcune realtà, come il l'Emilia Romagna, la Toscana, il Piemonte, partono da una esperienza forte sulle Case della salute⁴², che sono un modello con molti aspetti comuni a quello delle Case della comunità e non debbono far altro che adeguare queste strutture alle nuove esigenze. Altre, come la Lombardia, il Friuli Venezia Giulia, la Campania, debbono partire quasi da zero. Insomma, questa pretesa di uniformità tutta giocata in termini di *target* e *milestones*, rischia paradossalmente di divaricare ulteriormente la capacità dei sistemi regionali di assicurare uniformi livelli di assistenza sanitaria, perlomeno nel medio periodo.

Il terzo ed ultimo pericolo che è utile mettere in evidenza discende dalla struttura dei finanziamenti che dovrebbero riformare nella direzione che abbiamo visto la sanità territoriale. Come è noto si tratta di risorse di investimento che non possono riguardare la spesa corrente. Questo, da un lato, rende l'amministrazione pubblica sanitaria un grande committente per lavori e acquisto di beni e servizi, e, dall'altro, mentre rafforza ed estende le strutture che dovrebbero erogare servizi sul territorio, amplia l'esigenza di personale per farle funzionare. Una realtà come la nostra, in cui, solo per fare un esempio, il numero di infermiere e infermieri ogni 1000 abitanti è decisamente al di sotto della media europea, e anche il numero di medici, soprattutto per alcune specialità particolarmente impegnative professionalmente sta drammaticamente calando⁴³, rischia di consegnare al privato la regia del pubblico. Ne sono esempi i medici che vengono reclutati ad ore per coprire carenze di personale interno alle strutture pubbliche, un meccanismo che sta evolvendo nella consegna a cooperative private di intere partizioni di servizio, come nel caso del pronto soccorso appaltati all'esterno. Anche alcuni prodotti medicali complessi, come le valvole cardiache, cominciano ad essere venduti in pacchetti che comprendono personale medico formato per impiantarle. Insomma, una strisciante perdita di capacità di governo del sistema, che se prosegue impedirà senz'altro di fare della sanità territoriale quel modo

⁴² C. BOTTARI, P. De ANGELIS (a cura di), *La nuova sanità territoriale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016,

⁴³ Si vedano in proposito anche i dati in OCSE/Osservatorio Europeo delle Politiche e dei Sistemi Sanitari (2021), *Italia: Profilo della sanità 2021*, *Lo Stato della Salute nell'UE*, OECD Publishing, Parigi/Osservatorio Europeo Delle Politiche e dei Sistemi Sanitari, Bruxelles, 2021, 11 ss.

per tenere insieme i servizi intorno alla salute delle persone e della comunità, che ne ha caratterizzato la nascita nel nostro Paese.

Queste brevi note non possono infine concludersi senza un accenno a quale sia una possibile via per contrastare le trappole appena richiamate. Ed è indubbio che questa debba passare, innanzi tutto, per un recupero della specificità del pubblico, anche nella tutela della salute, che non è solo fornitura di prestazioni di cura, magari ben organizzata e garantita in maniera efficace, ma è anche e soprattutto condivisione insieme alla persona e alla comunità di un progetto di salute che coinvolga la vita, la convivenza, il lavoro, l'abitare, le relazioni.

Un modo di guardare alla salute e alla cura, in cui il territorio non sia solo decentramento dei luoghi di erogazione delle prestazioni, ma progetto comune, che, come tale, non può che essere pubblico e collettivo.

Hacia un nuevo enfoque de la prestación de salud desde una moderna contratación pública inteligente alineada con la buena administración

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO: 1. Introducción. El contexto como necesario parámetro de reflexión. – 2. Por nueva cultura de la contratación pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio. – 3. Una nueva organización de la sanidad desde un enfoque moderno de contratación pública. – 4. Propuestas para un nuevo y moderno modelo de adquisición de prestaciones en salud alineadas con la buena administración. – 5. Reflexiones propositivas a modo de conclusiones.

1. *Introducción. El contexto como necesario parámetro de reflexión*

En un escenario económico y político caracterizado en los últimos años por la globalización y las incertidumbres el debate sobre el rol institucional de los poderes públicos en la gobernanza económica y prestación de servicios a los ciudadanos, resulta de gran relevancia¹. En especial para analizar si es un freno a la actividad económica y, en su caso, como debe la función de una Administración económica moderna, proactiva, que moviliza inversiones productivas, mejorar la calidad de prestación de los servicios públicos y aportar la mejor seguridad (certeza) jurídica posible lo que facilita la confianza legítima, tan importante en el ámbito de las decisiones económicas². Para ello, mejorar la regulación, la gestión pública y simplificar los trámites procedimentales es y debe ser un rasgo de toda administración pública moderna, que debe ser proactiva y no meramente reactiva, procurando siempre la mejor satisfacción del interés

¹ Sobre esta cuestión, en sus distintas vertientes, me remito al libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

² Sobre el alcance del principio de confianza legítima es de especial interés S. MUÑOZ MACHADO, *Regulación y confianza legítima*, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 141-172. En relación al rol de gobernanza económica vid. J.M. GIMENO FELIÚ, *La Administración pública como autoridad de regulación y como operador económico en los mercados: ¿freno o impulso de la economía?*, en libro colectivo *Gobernanza económica, regulación y administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 95-124.

general, lo que obliga a articular mecanismos de gobernanza pública de la actividad económica que promuevan un “crecimiento inteligente y socialmente responsable”.

Para ello hay que superar la inercia, demasiado extendida, a desarrollar una burocracia “defensiva” (como bien explica A. BUENO ARMÍJO³) que en la contratación pública se encuentra especialmente extendida.

Por otra parte, la salud constituye un derecho esencial y fundamental de la persona que se presenta como núcleo clave de la efectividad del derecho fundamental a una buena administración (artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y, como tal, solo a través de su satisfacción individual y colectiva puede materializarse la igualdad sustancial entre las personas. El derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, impone a los poderes públicos el deber de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Este derecho prevalece frente a perspectivas excesivamente economicistas que ponen en riesgo la calidad en los resultados y el valor de los mismos desde la perspectiva del paciente como ciudadano⁴.

Como se explica en el documento de la Comisión Europea “State of Health in the EU Spain. Country Health Profile 2024”, la pandemia mundial ha tensionado el modelo sanitario, económico y social de todos los países, y ha puesto de relieve la necesidad de revisar los modelos organizativos y de “compra de salud” con una finalidad clara: la mejor calidad asistencial, el mayor grado de innovación terapéutica y, por supuesto, la sostenibilidad financiera cuando se trata de modelos sanitarios públicos como sucede en España. Revisión que puede pasar por una “relectura” del marco normativo vigente o, incluso, una reforma del mismo para dotar a los distintos actores, en sus distintos roles, de certeza y seguridad jurídica tanto en la toma de decisiones como en la planificación de inversiones. En este escenario, la Unión Europea ha replanteado las bases de la prestación de asistencia y servicios sanitarios, con especial atención a la protección de la salud de los ciudadanos, para prevenir mejor y combatir

³ A. BUENO ARMÍJO, *La Burocracia defensiva*, Marcial Pons, Barcelona, 2024. También sobre esta cuestión, muy sugerente, el trabajo de A. BOTO FERNANDEZ, “Nuevas barreras burocráticas: la Administración defensiva digital”, *Revista Documentación Administrativa* núm. 18 (INAP, enero-junio 2023).

⁴ En extenso se aborda esta nueva visión en el libro de J.M. GIMENO FELIÚ Y G. GARCÍA-ÁLVAREZ *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Aranzadi, 2020.

futuras pandemias y a la mejora de la resiliencia de los sistemas sanitarios europeos. Como resultado de esta preocupación, en la Cumbre Mundial de la Salud celebrada el 25 de octubre de 2020, se propuso la construcción de una “Unión Europea de la Salud”, donde uno de sus cuatro ejes es la preparación ante las crisis, es decir, establecer las bases para un sistema sanitario más resiliente, que permita prevenir y estar preparados ante nuevas amenazas para la salud⁵.

En el objetivo de repensar e impulsar la contratación pública desde una perspectiva estratégica se posiciona claramente el Consejo de la Unión Europea, en el documento “Conclusiones del Consejo: Inversión pública a través de la contratación pública: recuperación sostenible y reactivación de una economía de la UE resiliente” (2020/C 412I/01), donde, tras hacer una prospectiva de la contratación pública, insiste en la necesidad de desarrollar su función estratégica. En este documento se indica que “Hay que reforzar la economía europea y reducir la dependencia estratégica de terceros países, especialmente en determinados sectores de la economía europea que son fundamentales para el funcionamiento de los servicios públicos y la atención sanitaria pública, como los medicamentos y los productos sanitarios; a la hora de determinar un enfoque proporcionado y específico para abordar esta cuestión deberán considerarse detenidamente las repercusiones en la competencia, los precios y los procedimientos de contratación pública”. Y para ello se pide a la Comisión y a los Estados miembros que cooperen en la elaboración de directrices y criterios por medio de una metodología común para ayudar al sector público a aprovisionarse a través de cadenas de suministro transparentes, fiables, flexibles. Y se pide también a los Estados miembros que elaboren políticas y estrategias de compra integrales que, en particular, deben centrarse en sectores en los que la demanda pública tiene

⁵ El 13 de julio de 2021 se aprobó por Decisión de Ejecución del Consejo de la Unión Europea el Plan de Recuperación de España, para impulsar la inversión pública y privada dentro de un programa de reforma estructural de gran calado, para modernizar la economía española y avanzar hacia un modelo productivo inteligente capaz de hacer frente a nuevas crisis económicas. El sector de la Salud en España se presenta como un gran dinamizador de nuestra economía, con un claro potencial de desarrollo e innovación. Según los datos del Resumen ejecutivo del PERTE “Para la Salud de Vanguardia”, el gasto sanitario público en el año 2019 en España supuso 75.025 millones de euros, lo que representa el 6 por ciento del producto interior bruto (PIB). La media anual de crecimiento del gasto sanitario público en el quinquenio 2015-2019 fue de un 3,4%. Por otra parte, considerando todo el sector de la salud, se estima que las actividades económicas relacionadas con la salud generaron un valor añadido bruto de alrededor de 94.600 millones de euros, equivalente al 8,7% del PIB.

un impacto significativo, como los medicamentos, los productos sanitarios o las tecnologías de la información, teniendo asimismo en cuenta aspectos relativos a la resiliencia, la gestión de riesgos y la seguridad del suministro”.

La realidad de los últimos años – pandemia y fondos europeos Next Generation- ha puesto de relieve la necesidad de reforzar la visión estratégica de las políticas industriales en la Unión Europea y, en especial, la vinculada a la salud. Urge, por tanto, abordar, junto al objetivo de la mejor calidad asistencial sanitaria, una política industrial alineada con los objetivos europeos que facilite la mayor y mejor colaboración público – privada en este indispensable sector, facilitando para ello las inversiones estratégicas en el entorno de salud que aporten una mayor resistencia y resiliencia frente a crisis o emergencias sanitarias o mayor capacidad en este ámbito o impulsen una mayor capacidad de innovación, tanto farmacéutica como tecnológica, que permita mejorar las prestaciones de salud.

No se puede desconocer el dato de que la industria farmacéutica, junto con la industria de la tecnología sanitaria se ha convertido en uno de los principales activos de la economía española y de la Unión Europea, generando un alto impacto en la inversión, la exportación, así como el empleo y la productividad de los Estados miembros. Los últimos años se han caracterizado por una indebida tensión en el sector, tanto en España como en Europa, que se traducido en la dificultad de acceso a ciertos productos, lo que ha puesto de manifiesto la alta dependencia que tiene la industria sanitaria europea de terceros países, sobre todo del continente asiático. La situación ha repercutido en la calidad asistencial, principalmente por roturas de stock y problemas de disponibilidad de la solución adecuada lo que pone en jaque el modelo y las notas de equidad del mismo. En este contexto, las administraciones públicas, conforme al mandato constitucional de preservar el interés general y fomentar la riqueza, deben, desde una actitud proactiva, fomentar un nuevo entorno normativo que favorezca la disponibilidad y accesibilidad de tecnología sanitaria que aporte valor y de medicamentos que favorezca la competitividad, producción e innovación biosanitaria. Por otra parte, no puede desconocerse la capacidad de transformación que, mediante la innovación aporta este sector por lo que, en las decisiones organizativas y de colaboración hay que superar planteamientos “sesgados” ideológicamente⁶.

⁶ Según la Memoria anual de actividades de 2021 elaborada por Farmaindustria, el sector farmacéutico es el segundo que más invierte en I+D en España, tan solo por detrás de la automoción. La industria farmacéutica es responsable del 19,6% del total de la inversión

En este nuevo contexto hay importantes retos y desafíos que obligan a articular modernas soluciones que permitan una correcta aplicación de los distintos principios jurídicos aplicables, que deben estar alineados con el principal bien jurídico a proteger, directamente vinculado al mejor estándar de calidad de la prestación.

Desde estos breves datos de contexto, en relación a la sanidad (aunque quizá sea mejor el concepto de protección de la salud), se puede afirmar, como primera idea fuerza, que las decisiones organizativas, dentro del marco de sostenibilidad financiera, deben adoptarse respetando las exigencias del derecho a una buena administración, como bien viene argumentando desde hace tiempo el profesor J. PONCE⁷. Esta perspectiva del buen gobierno obliga, a superar la estricta visión “administrativa” de la actuación pública que debe dejar paso a una visión moderna que pivota en el resultado y que diseña las decisiones públicas en el ámbito de la protección del derecho a la salud en clave de inversión y no como gasto⁸. Esta ha sido, por lo demás, la solución adoptada en el reciente Código italiano de contratos públicos (31 de marzo 2023) que regula como primer principio el de resultado⁹.

2. *Por nueva cultura de la contratación pública: inversión, calidad y resultado versus ahorro presupuestario y precio*

La situación económica y social en Europa y el debate sobre la calidad de los servicios públicos de salud debe servir de acicate (nudge) para

industrial en I+D, es decir, que invierte uno de cada cinco euros que la industria dedica a la I+D en España. Además, en España, este sector se caracteriza por la alta calidad en sus plantas de producción, costes competitivos, tecnología avanzada y personal cualificado y un entorno laboral atractivo. Con un total de 173 plantas de producción, el sector farmacéutico español se sitúa como el octavo mercado más grande del mundo. Estos datos sitúan a España como una de las regiones europeas con mayor potencial de producción de medicamentos.

⁷ Por todos, entre sus trabajos, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, 2001. *Ibidem*, *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Universidad Alcalá de Henares (UAH), 2019. En la doctrina, también T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El derecho a una buena administración en la sentencia del TJUE de 16 de enero de 2019*, *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, pp. 247-257 y J.A. MORENO MOLINA, *El derecho a una buena administración*, Ed. Universidad Castilla La-Mancha, 2022.

⁸ J. RODRÍGUEZ ARANA, *El buen gobierno y la buena administración de Instituciones Públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

⁹ Vid. M. COZZIO Y F. TITOMAGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Ed. Key, Milano, 2023.

impulsar una nueva arquitectura regulatoria e interpretativa de la contratación pública¹⁰, desde la perspectiva del derecho fundamental a la buena administración, que no es un mero mantra, sino la brújula jurídica de cualquier decisión pública y, en especial, de la contratación, en tanto herramienta para el impulso de políticas públicas al servicio de la ciudadanía.

Los contratos públicos, advertíamos ya en 2006, no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras¹¹. Contratación pública que, como ha destacado M. MAZZUCATO se ha presentado, con la pandemia, como una cuestión de especial interés político¹².

Es necesario avanzar hacia una visión estratégica de la contratación pública, con la finalidad de impulsar una transición “no ruidosa” hacia esta nueva gobernanza de la contratación pública que supere la “presión política” de hacer más por menos y a corto plazo¹³. Y de avanzar, por tanto, a una forma distinta de hacer contratación pública, que se cimiente en una adecuada planificación, la calidad de la prestación (y de su resultado), una eficaz cooperación interadministrativa, una innovadora visión

¹⁰ J. PONCE (dir.). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*, Marcial Pons, 2022. Estos acicates, como se explica bien en la referida monografía deben ayudar a mejorar la regulación, prevenir la corrupción y a un uso más inteligentes de las técnicas jurídicas.

¹¹ Así lo advertía ya en 2006 en mi monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid.

¹² M. MAZZUCATO, *No desaprovechemos esta crisis: fortalecer el sector público como premisa para la recuperación*. Galaxia Gutenberg, 2021, que dedica un capítulo a la trascendencia de la contratación pública recordando su capacidad de avanzar en innovación.

¹³ Se posibilita un nuevo escenario más alineado con la finalidad de nueva gobernanza que pueda servir para “atacar” el déficit público desde una nueva gestión (sin necesidad, por ello, de nuevos ajustes, recortes o incremento de la carga fiscal). Sobre la Gobernanza en la contratación pública me remito al excelente trabajo de J.A. MORENO MOLINA, *Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública*, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 343-373.

del procedimiento en cuanto a su función y objetivos (donde la calidad es un paradigma irrenunciable) pensado en el mejor cumplimiento del fin público que es la causa del contrato¹⁴. Y, sobre todo, a una nueva cultura de la colaboración público-privada basada en la lógica del win/win (sin olvidar el tercer win vinculado al ciudadano y la correcta prestación de la necesidad) y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración (que explica los motivos y razones de las decisiones adoptadas y, principalmente de los resultados obtenidos)¹⁵.

La colaboración pública privada a través del contrato público (en cualquiera de sus modalidades) es, así, un elemento determinante para poder conseguir el más óptimo estándar de satisfacción del interés general¹⁶. La prestación de servicios públicos es una nota esencial en un Estado social que pretende preservar un modelo de equidad y garantizar prestaciones a toda la ciudadanía en régimen de regularidad y continuidad. Y en su prestación ha sido una constante acudir a fórmulas de colaboración público-privada para hacer efectiva la garantía de estos servicios esenciales. Y hay que superar el maniqueísmo que confronta lo público con lo privado, a modo de némesis. Hoy a la ciudadanía le interesa el debate sobre como obtener la mejor prestación en parámetros de eficiencia, equidad y calidad de la actividad¹⁷.

¹⁴ Al respecto, me remito al estudio colectivo J.M. GIMENO, J. TORNOS y otros, *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

¹⁵ Nada nuevo pues ya en el derecho romano, como nos recuerda Tito Livio existía colaboración pública privada. Así, en relación con el suministro de ropas y trigo para el ejército de Hispania durante la segunda guerra púnica nos señala lo siguiente: “Al llegar la fecha señalada concurrieron a la adjudicación tres sociedades de diecinueve personas, que pusieron dos condiciones: la primera, quedar exentos del servicio militar mientras estuviesen en aquella empresa de interés público; la segunda, que corrieran a cargo de la república los daños que pudieran causar los enemigos o la tempestad en lo que embarcasen. Aceptadas ambas condiciones, se les adjudicaron los contratos y se gestionó un servicio público con dinero privado” (...) “Lo mismo que se hicieron cargo de todos los contratos con generosidad, los cumplieron con escrupulosidad, y las tropas fueron atendidas con la misma largueza que cuando, como en otros tiempos, se hacía a expensas de un tesoro público bien dotado de recursos”. (Ab Urbe Condita, XXIII, 49, 1-4).

¹⁶ Me remito al libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit. Barcelona, 2017, en el cual, F. CAAMAÑO señala que un buen entendimiento de la colaboración pública privada la convierte en un instrumento fundamental para alcanzar el objetivo de mejor satisfacción del interés público (p. 36).

¹⁷ La estrella polar de la contratación pública con vocación estratégica, con esa vocación de “globalidad”, entre otros principios que “brillan con fuerza” (como la transparencia, la rendición de cuentas o la integridad) debe ser la calidad y el valor del resultado

3. *Una nueva organización de la sanidad desde un enfoque moderno de contratación pública*

Las formas de prestación de los servicios de carácter sanitario a las personas, desde su consideración como inversión y no un mero gasto, se basan en una concepción equilibrada y complementaria de gestión directa, indirecta y acción concertada para garantizar el mejor estándar de calidad asistencial.

La configuración de los servicios sanitarios en Europa como servicios de interés general, habilita la flexibilización de las normas del mercado interior, ya que no se consideran actividades económicas. Los servicios de asistencia sanitaria, como servicios de interés general, deben responder a los principios de universalidad, igualdad de acceso, equidad, continuidad de las prestaciones, transparencia y calidad. Resulta de aplicación el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa que declara que «las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (art. 2). Luego los Estados son competentes para organizar sus servicios sanitarios determinando el grado de protección de la salud pública que pretenden garantizar y la manera de prestarlos (artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), siendo aplicables el principio de no discriminación, la libertad de circulación de las personas y, en su caso, la normativa contractual pública, contenida en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 de concesiones, y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública.

La especialidad de la compra publica en materia sanitaria está amparada por el Derecho europeo de la contratación pública. Interesa destacar la previsión que sobre estos servicios realiza la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, en su considerando 114:

de la prestación. Y no el precio en una errónea visión economicista, que confunde el verdadero significado del principio constitucional de eficiencia con el objetivo del “ahorro” sin pensar en los efectos que pueda tener en la calidad de los servicios públicos que debemos prestar a la ciudadanía, lo que lo que se alejaría de las exigencias del derecho a una buena administración. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, *Reflexiones sobre la aplicación de la normativa de contratación pública en España: en búsqueda de la estrella Polar*, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos pública 2022* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 17-47.

«Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios.

Los servicios a las personas con valores inferiores a ese umbral no revisten normalmente interés para los proveedores de otros Estados miembros, a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos.

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social. Al determinar los procedimientos que hayan de utilizarse para la adjudicación de contratos de servicios a las personas, los Estados miembros deben tener en cuenta el artículo 14 del TFUE y el Protocolo no 26. Al hacerlo, los Estados miembros también deben perseguir los objetivos de simplificación y reducción de la carga administrativa de poderes adjudicadores y operadores económicos; es preciso aclarar ello también puede suponer basarse en disposiciones aplicables a los contratos de servicios no sometidos al régimen específico.

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen **teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas**, siempre que dicho sistema garantice una

publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación». (negrita nuestra)¹⁸.

Y el artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, refiriéndose, entre otros, a los servicios sanitarios dispone:

“Los Estados miembros establecerán normas nacionales para la adjudicación de los contratos sujetos a lo dispuesto en el presente capítulo, a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos. Los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión.

2. Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la responsabilización de los usuarios y la innovación. Además, los Estados miembros podrán disponer que la elección del proveedor de servicios se haga sobre la base de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.

Como se explicaba, la creciente competencia internacional, la alta dependencia del mercado extranjero y el desabastecimiento de materias primas ha provocado que las principales voces del sector salud, públicas y privadas, así como la comunidad científica tanto en España como en Europa hayan advertido de la urgente necesidad de implementar un entorno normativo más flexible que haga pilotar los contratos públicos sobre la calidad y no sobre el precio y que fortalezca las cadenas de suministro, favorezca el acceso a la salud, la sostenibilidad, la innovación, la inversión industrial, la creación de un catálogo de medicamentos esenciales y la atracción y retención del talento.

El Informe de la Comisión Europea: Aplicación y mejores prácticas

¹⁸ La existencia de amplias especialidades en este ámbito ya había sido validada, basándose en el principio de solidaridad, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), en la que admitió excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, *La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales*, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 52, 2018, pp. 12-66.

de las políticas nacionales de contratación pública en el mercado interior (COM/2021/245 final) de 20 de mayo de 2021 la Comunicación COM Informe (2021) 245 final, concluye que “resulta fundamental aplicar de manera más estricta las consideraciones de la contratación pública estratégica a fin de contribuir a una recuperación integradora, promover una transición justa y fortalecer la resiliencia socioeconómica, en consonancia con el Pacto Verde Europeo como nueva estrategia de crecimiento para la UE”. Así, la necesidad de utilizar el contrato público para reactivar un nuevo modelo de adquisición pública en la salud, desde una perspectiva estratégica, debe ser una oportunidad para avanzar hacia un modelo productivo más sostenible y más “inteligente”. Por ello, la estrategia y una eficiencia administrativa no unidimensional (que atienda a la idea de valor y no de mero gasto) deben prevalecer sobre una cruda consideración del precio como factor determinante en la compra pública en el sector salud. Además, una adecuada visión de futuro aconseja evitar un modelo desproporcionadamente economicista y avanzar hacia otro modelo que garantice una adecuada remuneración conforme a los precios del mercado y que fomente iniciativas de altos niveles de calidad con externalidades positivas en los objetivos ambientales y sociales.

En este nuevo contexto “interpretativo” debe insistirse en la idea de que el derecho a la salud (mejor, a su protección)¹⁹, como derecho constitucional de primer orden (consagrado como derecho fundamental en el artículo 35 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales²⁰), desborda su dimensión personal y organizativo y un enfoque global del mismo puede ayudar a una mejor calidad asistencial sin barreras de accesibilidad²¹. Un derecho de la salud que se presenta como núcleo clave de la efectividad del derecho fundamental a una buena administración (artículo 41 Carta Europea de Derechos Fundamentales). Este nuevo enfoque impli-

¹⁹ Por todos, J. PEMAN GAVIN, *El derecho a la protección de la salud entre aspiraciones y realidades. Marco conceptual y perspectiva internacional*, en libro colectivo *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 25-75.

²⁰ Este precepto es elocuente: “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”. (negrita nuestra).

²¹ El derecho a la salud supera las fronteras nacionales y se considera no solo una condición esencial para alcanzar el objetivo 3 de los ODS (Objetivos Desarrollo Sostenible) que específicamente se refiere a la salud y bienestar, sino para la totalidad de los 17 objetivos, ya que sin salud no hay desarrollo humano ni económico (algo que ha quedado muy patente con la pandemia).

ca un cambio de cultura que pivota sobre la naturaleza de inversión y de consecución de mejores resultados en la prestación asistencial: el énfasis no debe estar en la asunción como gasto y sí en que las inversiones que pueden rendir más que un recorte de costes en la atención sanitaria o en la reducción de precios a los proveedores. La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo público de “compra de salud”. En la indiscutible misión de mejorar la salud individual y colectiva, es incuestionable el potencial de la tecnología actual y los nuevos servicios farmacéuticos, tanto a corto como a largo plazo, obligando a adoptar una más moderna mentalidad, centrada en el paciente con el aprovechamiento de la experiencia y la aplicación necesarios para marcar la diferencia para los pacientes, los proveedores y los sistemas sanitarios en su conjunto²².

En consecuencia, conforme la previsión de la artículo 76 de la Directiva 2014/24/UE, es posible y muy conveniente establecer un régimen de especialidades para algunos contratos sanitarios en atención a las especiales características de los mismos que ponga en el acento en aspectos técnicos y de calidad, y a su vez posibilitar la reserva de contratos con los códigos de CPV siguientes: 751220007, 796220000, 796240004, 796250001 y desde 850000009 hasta 853230009, destinados a la atención a personas con la finalidad de promover la mejor calidad y mayor eficiencia²³. De no afrontarse de forma adecuada, este contexto puede socavar el crecimiento y el desarrollo globales²⁴.

La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el pa-

²² Me remito a J.M. GIMENO FELIÚ, *Los desafíos de la contratación pública en el ámbito de la salud en el siglo XXI: a propósito de la adquisición de medicamentos (y vacunas)*, en libro colectivo *Observatorio de contratación pública 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 23-50.

²³ El *Institute of Medicine* de Estados Unidos [IOM] señaló en el año 2001 (IOM, 2001) seis ejes de mejora en los sistemas sanitarios: seguridad, efectividad, foco en el paciente, puntualidad, eficiencia y equidad.

²⁴ Un sistema de subasta para la adquisición de medicamentos (o de servicios sanitarios de tecnología) vinculado en exclusiva al criterio precio carece de cobertura legal europea y nacional y puede poner en riesgo elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, dado que el medicamento no es un “simple” producto. **Este tipo de sistemas puede además falsear la competencia y obstaculizar la inversión privada en un sector estratégico, fomentando una indeseada deslocalización.** Además, pone en riesgo la calidad asistencial al “excluir” de la opción terapéutica a ciertos medicamentos y aumentar el riesgo efectivo a desabastecimiento. Finalmente, puede romper el principio de equidad social al excluir del sistema medicamentos que solo se podrán adquirir por centros privados o particulares que podrán pagar el precio libre que fije la empresa farmacéutica.

ciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, que pivota sobre el principio de la atención al paciente, basada en valor (resultados) en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica (pero no necesariamente de ahorro en todo caso). Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos (o vacunas)²⁵. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva cultura de compra pública en los ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente²⁶.

La compra pública de servicios de tecnología sanitaria así como de medicamentos o vacunas (que también pueden incorporar servicios) en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud y de la adquisición de medicamentos” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que

²⁵ Las vacunas se configuran normativamente como un medicamento especial. Vid. L. AGRAZ PÉREZ-ENRIQUEZ, *Medicamentos especiales*, en la obra colectiva *Tratado de derecho farmacéutico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 215 y ss.

²⁶ En septiembre de 2022, la Comisión Europea publicó un informe sobre la compra pública de medicamentos en Europa: *Study on Best Practices in the Public Procurement of Medicines. Final Report* (European Commission, European Health and Digital Executive Agency, Vogler, S., Salcher-Konrad, M., Habimana, *Study on best practices in the public procurement of medicines – Final report*, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2925/044781>). En el Informe se pone de manifiesto que una mayoría de las adquisiciones de medicamentos se hace todavía basándose única o fundamentalmente en el precio (en torno al 70 por ciento), mediante procedimientos abiertos (más del 95 por ciento). Además, señala que una cuarta parte de las compras se hacen a través de acuerdos marco y que la compra se hace principal y mayoritariamente por cada hospital, aunque también se examinan experiencias de compra centralizada, nacionales e incluso internacionales, fundamentalmente aplicadas a compras de vacunas o medicamentos destinados a campañas nacionales. En el estudio se constata que las compras centralizadas requieren un esfuerzo intensivo, fundamentalmente basado en medios humanos especializados, aunque también que produce excelentes resultados. Las recomendaciones que se hacen se pueden resumir en la idea de que es preciso reorientar la compra pública de medicamentos, incorporando elementos de compra estratégica. La mejora del mercado farmacéutico que puede conseguirse por esa vía redundará en una mejora general de las posibilidades de atención médica.

podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad²⁷.

En este enfoque la creación de valor en los servicios sanitarios debe impulsar una nueva cultura contractual en el ámbito de la salud. La creación de valor en salud (VBHC) debe ser parte de la estrategia de la contratación pública, armonizando tanto el valor clínico de las innovaciones terapéuticas promovidas por la industria, como un valor económico para el propio sistema sanitario²⁸. De este modo, cada producto o servicio de salud que se adquiera ha de proporcionar también un beneficio económico que puede consistir en mayor eficiencia, reducción del gasto para los sistemas sanitarios o la ampliación del acceso a las terapias para más pacientes que se puedan beneficiar de ellas. Y el “freno” que suponía el manejo de datos parece fácilmente superable en el actual escenario de digitalización y manejo de big data²⁹.

Para preservar el equilibrio entre eficiencia y calidad del sistema de compra en el ámbito sanitario hay que explorar nuevas fórmulas de gestión contractual y de compra agregada que permitan implantar una nue-

²⁷ La colaboración público-privada es de especial interés en la innovación de los medicamentos. Al respecto conviene destacar el Reglamento (UE) núm. 557/2014 por el que se establece la Empresa Común para la Iniciativa sobre Medicamentos Innovadores.

²⁸ El principio que define la estrategia colaborativa que atiende al VALOR se concentra en el desarrollo de una innovación significativa a nivel terapia, procedimiento y sistema; aprovechar las capacidades y experiencia de las empresas y centros hospitalarios para armonizar el valor entre los distintos participantes del sistema sanitario; y además ampliar el acceso global a las terapias. En ese contexto, **la adquisición de valor aconseja migrar del tradicional contrato de suministros al contrato de servicios que frente a la adquisición de cosas permite la compra de soluciones y de innovación al sistema.** Es decir, de un modelo de pago por volumen o procedimiento a un modelo de pago en salud por resultado conseguido, que permite facilitar la cooperación con una mayor integración de las empresas en los procesos internos y externos del control del paciente y los resultados en salud a la vez que focalizar los esfuerzos en aquellas áreas donde se pueda aportar mayor valor por parte de todos los *stakeholders* del proceso

²⁹ Especial repercusión ha de tener el internet de las cosas (IoT) en el ámbito sanitario, que ha de permitir que la asistencia sanitaria sea más eficiente, rápida y concreta y que los profesionales de la salud puedan extraer datos de dispositivos médicos, aplicaciones móviles e incluso chips integrados en nuestros cuerpos para ayudar a diagnosticar la salud del paciente de manera más rápida. Los datos clínicos agregados ayudan a llenar los vacíos en la memoria de eventos de los pacientes.

va gobernanza en este ámbito de la salud (asumiendo cierto riesgo de fracaso)³⁰. En esta nueva arquitectura de prestación de servicios sanitarios que incorporan innovación en la gestión o en la solución tecnológica, una posibilidad interesante ya aludida es, sobre la estructura de un contrato de servicios, articular acuerdos de riesgo compartido, que resultarán especialmente indicados en supuestos de compra de servicios sanitarios innovadores. En estos casos, la determinación del precio del servicio dependerá de los resultados de salud o del cumplimiento de objetivos previamente determinados, que operan como incentivos de una mejor ejecución que comporta mayor calidad de la prestación. La utilización de un sistema de retribución vinculado en el ámbito sanitario en el modelo del Value-Based HealthCare pasa no sólo por medir los resultados, sino por medir correctamente las cosas correctas, supondría abandonar en algunos casos el pago por volumen o procedimiento (fee-for-service) a favor de un modelo de “pago en salud por resultado conseguido”. Mecanismo que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles como son las sanitarias³¹. Como indicase M. PORTER, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración de resultados o “outcomes” y de costes, para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato³². En esta línea, contratos con riesgo compartido permiten eliminar las disfunciones existentes sobre efectividad de resultados terapéuticos y el precio satisfecho por servicios sanitarios que no han aportado mejoras.

Este modelo, con ejemplos de éxito que acreditan su viabilidad en España³³, encuentra como principal dificultad, además de la tradicional resis-

³⁰ Vid. AA.VV., *La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada*, Cámara Comercio Barcelona/Esade, Barcelona, 2019.

³¹ Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, *Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017*, libro colectivo *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 950.

³² M. PORTER, T. LEE, *The strategy that will fix Health Care*, Harvard Business Review, October 2013 issue, accessible in <https://hbr.org/2013/10/the-strategy-that-will-fix-health-care>. Propuesta iniciada por PORTER en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press, 2006.

³³ Entre otros, pero como “bandera” puede reseñarse la licitación por el Hospital de San Pau (2016) del Servicio de abordaje integral del procedimiento asistencial, mejorado con las tecnologías digitales, de pacientes con desfibriladores automáticos implantados (DAI), incluyendo la resincronización cardíaca. Otros ejemplos en la presentación de R.

tencia a los cambios, la falta de información (por un alto volumen de datos) y la alta variabilidad y complejidad asistencial. Pero los resultados de mayor valor (mejor atención al paciente) y mejor sostenibilidad financiera deben servir de estímulo (por ello, no parece adecuada una política de precios de referencia, en tanto limita y condiciona la potencialidad del modelo).

Esta propuesta de una nueva arquitectura de la compra pública de salud alejada del simple precio y que pivota en el mayor valor de la prestación descansa en la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad y no tanto en quien lo presta que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público³⁴. Y lo que importa, reiteramos, no es ahorrar sino conseguir, con los recursos disponibles, la mejor calidad de prestación (opción contemplada, como se ha explicado, en el artículo 67.2 de la Directiva de contratación pública)³⁵.

4. *Propuestas para un nuevo y moderno modelo de adquisición de prestaciones en salud alineadas con la buena administración*

Hoy se necesita una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. Se con-

MEDINA, *El pago por resultados en las compras de salud, ¿Hacia un nuevo estándar?*, en el III Congreso anual del Observatorio de Contratos Públicos (Zaragoza, 2019). http://www.obcp.es/sites/default/files/2019-11/Taller3_Roberto_Medina.pdf.

³⁴ J. ESTEVE PARDO, *La Administración garante. Una aproximación*, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. Ibídem, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015. Frente a la óptica prestacional directa prevalece la función ordenadora y reguladora de las instituciones públicas, como bien advirtió el profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

³⁵ El precio predomina, sin ningún tipo de justificación, sobre los criterios técnicos. Por lo demás, una política desproporcionada basada en solo precio – tenemos numerosos ejemplos –, se suele traducir en sobre costes ya sea como consecuencia del desplazamiento terapéutico o por rotura de stock y desabastecimiento. Y en un modelo ideal y sostenible de compra pública de medicamentos y vacunas, los criterios técnicos de adjudicación deberían primar sobre los económicos, al contrario de lo que ocurre actualmente”. Así lo argumentan N. ZOZAYA GONZÁLEZ, I. CUESTA ESTEVE, A.J. GARCÍA ROJAS, F. MARTINÓN-TORRES, E. REDONDO MARGÜELLO, S. TAMAMES GÓMEZ, *Análisis de criterios para la adquisición de vacunas en España: en busca de un modelo ideal sostenible*, *Vacunas*, volumen 20, suplemento 1, octubre 2019, pp. 7-8.

funde el procedimiento con el fin y se imponen “rutinas” sin valorar su impacto efectivo sobre la salud real. Los retos derivados de la gestión de los fondos next generation son la oportunidad para migrar del modelo formal del procedimiento a un modelo que ponga el centro en el proyecto y sus resultados.

El contexto sanitario actual obliga a garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar –por supuesto– los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración sanitaria diligente.

La nueva era de la asistencia sanitaria es una realidad que obliga a replantear nuestro modelo de “compra de salud”, en especial de tecnología sanitaria y de soluciones farmacéuticas³⁶. Y para ello se presentan las siguientes PROPUESTAS:

a) La revisión del modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones, especialmente en la gestión pública. En especial, debe promoverse elementos de sostenibilidad ambiental como aspectos irrenunciables³⁷. De ahí el interés de, como ya se ha dicho, utilizar un modelo que ponga en valor, en línea con las Instituciones europeas, la responsabilidad estratégica de la empresa, utilizando para ello los conocidos indicadores ESG, promovidos por Naciones Unidas, que tienen por finalidad

³⁶ No se puede desconocer la Estrategia Farmacéutica Europea: a) Asegurar el acceso a medicamentos asequibles y abordar necesidades no cubiertas (enfermedades raras, cáncer infantil, resistencias antibióticas, etc.); b) Mejorar la preparación y respuesta ante las crisis, diversificar y asegurar el suministro de medicamentos y abordar los desabastecimientos; c) Apoyar la competitividad, innovación y sostenibilidad de la IF Europea y el desarrollo de medicamentos seguros, efectivos y más responsables con el entorno; y d) Garantizar soberanía europea en materia de medicamentos.

³⁷ En el sector salud, la huella climática equivale a un 4,4% de las emisiones globales netas. La mayor parte de las emisiones, un 71 %, corresponde a la cadena de suministro del sector de la salud, es decir de la producción, el transporte, el uso y la disposición de bienes y servicios que el sector consume, tales como productos farmacéuticos y otras sustancias químicas, alimentos y productos agrícolas, dispositivos médicos, equipos hospitalarios e instrumentales. Por ello, en la adquisición de medicamentos y vacunas la reducción de este impacto debe ser un criterio determinante.

valorar inversiones en las que son determinantes los factores ambientales, junto de sostenibilidad social y de gobernanza.

b) El objetivo **es conseguir el mayor valor en la prestación sanitaria (que pivota sobre el paciente), en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica**. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria (superando los límites del contrato de suministro) como en la adquisición de medicamentos o de tecnología sanitaria. La normativa sobre adquisición pública (y su concreta aplicación práctica) debe ser un **instrumento para impulsar para la transformación y modernización de nuestro sistema sanitario, donde se debe** incorporar criterios de calidad e innovación (en clave europea) que propicien una competencia sana en el mercado y aseguren la predictibilidad para garantizar la correcta prestación siempre, insistimos, desde la óptica de mejorar la calidad asistencial y la atención de los pacientes. Lo que aconseja incorporar como elemento de la decisión contractual la **“solución asistencial”** que comprende el conjunto de prestaciones que se contratan para obtener un resultado o efecto deseado que aporte una mejor respuesta o valor a un reto o necesidad del sistema sanitario, debiendo ese objetivo justificar la conveniencia y coherencia de la contratación conjunta de una pluralidad de prestaciones desde la perspectiva del mejor cumplimiento.

c) La compra pública de servicios de tecnología sanitaria y de medicamentos en el marco del Sistema Nacional de Salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El “ahorro” en la compra de servicios y suministros sanitarios debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad. Por ello, el cálculo del valor estimado del contrato deberá atender al coste real de todas las prestaciones objeto del contrato atendiendo a su plazo y sus posibles prórrogas. En especial, atenderá al número real y actual de pacientes y a una previsión de crecimiento acorde a la realidad del servicio de que se trate cuando haya constancia de ello, previendo, en su caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares las modificaciones contractuales necesarias para su adaptación.

d) La compra pública de servicios de tecnología innovadora y suministros de productos relacionados con la salud es una gran oportunidad

para mejorar la asistencia sanitaria, ser más eficientes y promover una “nueva cultura, con riesgos compartidos desde lo público con el sector privado. Desde otra perspectiva, revisten especial interés los sistemas dinámicos de adquisición de compras, diseñados desde la óptica de la rentabilidad y la calidad, que pueden proporcionar un elemento de adecuado equilibrio de todos los intereses en juego: flexibilidad, rapidez de respuestas, confidencialidad, calidad de prestación y eficiencia.

e) Conviene “actualizar” los conceptos, en especial en la tipificación de las relaciones contractuales, y avanzar nuevas soluciones. En especial conviene pensar en clave de “rentabilidad”: ¿que tipo de contrato? ¿Suministro, o servicios, o concesión? ¿y por qué no un modelo de renting de servicios de salud? ¿Que plazo? ¿Se puede transferir riesgos o son viables modelos de riesgo compartido que aseguran mayor calidad? Y, por supuesto, se trata de repensar ventajas en la ejecución que reportan calidad o eficiencia o “cierta innovación”.

f) Urge una nueva solución jurídica para adquirir medicamentos o servicios de tecnología sanitaria, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso “singular”, que pivota sobre el paciente y no sobre la gestión de la organización, para lo que parece adecuado “migrar” del tradicional contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de “medir”), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas). Un modelo de contrato de servicios centrado en la idea del valor en la salud puede ayudar a una atención que mejore los resultados clínicos (excelencia) al tiempo que reduce los gastos generales (sostenibilidad). En concreto, se propone que, con la finalidad de preservar la mejor relación entre eficiencia y adecuada gestión sanitaria se regule un sistema de provisión de medicamentos donde no se licite, cuando ya exista un precio determinado mediante un procedimiento administrativo en cada país, negociado entre Administración y laboratorio farmacéutico, e incluso en algunos casos acuerdos de riesgo compartido o techo de gasto incorporados al mismo, desarrollando las condiciones de dicha adquisición –que atenderán a criterios de eficacia terapéutica y de eficiencia en la gestión y no al precio-, que se aplicarán a las adquisiciones por la entidades integradas en los sistemas públicos que constituyan poder adjudicador.

g) En todo caso, es claro que los objetivos estratégicos en la contratación pública de medicamentos o servicios de tecnología no deben

limitarse a estimular la competencia para conseguir mejores precios en el medio y largo plazo, sino que es preciso asegurar el suministro, tener la preparación necesaria para afrontar crisis e incorporar criterios ambientales a la fabricación y distribución de medicamentos. Esta “relectura” exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario (opción que se postula en el citado informe sobre Best Practices in Public Procurement of Medicines), donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor con la mirada final en el paciente y su mejora atención. Tras las lecciones aprendidas en la pandemia, debemos habilitar mecanismos (e interpretaciones) que posibiliten una adquisición pública “inteligente” en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor (en clave asistencial), preservando la sostenibilidad financiera del sistema. Y en la interpretación del marco normativo – también de sus principios – hay que estar, además de a las palabras, a la interpretación sistemática y teleológica (art. 3 Código Civil), evitando rígidas interpretaciones formales que pongan en riesgo la correcta ejecución de la prestación (máxime cuando está en riesgo el derecho a la salud). Por ello, la opción multi-adjudicatario permite, sin quebrar ni el principio de competencia ni de selección de la mejor oferta, disponer de una respuesta adecuada ante diferentes contingencias, funcionando como un modelo equivalente al de lotes.

En definitiva, en un sector tan complejo como el de la salud y el de la provisión de soluciones farmacéuticas eficaces, donde no existen enfermedades sino enfermos, y donde existen elementos de incertidumbre como las posibles rupturas de stock, la previsión referida de varios adjudicatarios debe ser la regla general, al margen del procedimiento o de la técnica de racionalización técnica que se utilice.

5. *Reflexiones propositivas a modo de conclusiones*

Es necesario revisar nuestro modelo de contratación en el ámbito de la salud y superar la inercia del “siempre se ha hecho así” y avanzar hacia una gestión diseñada desde la estrategia y no desde la burocracia³⁸. Hay

³⁸ Se trata de evitar, como aconsejan las instituciones europeas, la sobrerregulación:

que dirigirse hacia una compra pública “inteligente” en el ámbito de las prestaciones sanitarias para obtener más valor y mejor sostenibilidad financiera del sistema.

En la construcción del nuevo modelo deben superarse apriorismos ideológicos que contraponen lo público y lo privado como formas de gestión incompatibles³⁹. El interés público se puede satisfacer, como ya se ha explicado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la iniciativa privada. Esto plantea nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la ejecución de las políticas públicas, lo que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del Estado de bienestar. No se trata de “privatizar” la salud como derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de mejorar la calidad “sumando” a la empresa privada, lo que permite alinear el valor tanto en interés del socio privado como del sistema sanitario y “caminar más lejos todos juntos”.

Como ya se ha señalado, la incorporación de la estrategia a la contratación pública es algo asumido en nuestra legislación de contratos europea y nacional. En ciertos sectores se han asumido estos elementos estratégicos como meros mecanismos para evitar el «dumping» social o ambiental que empresas situadas en países en vías de desarrollo hacen a las empresas europeas, también en el ámbito de la contratación pública. Sin embargo, en el ámbito de los medicamentos es evidente que la «estrategia» tiene que ir mucho más allá. En este sentido, es preciso tener en cuenta lo establecido en la Comunicación de la Comisión «Pharmaceutical Strategy for Europe» COM(2020) 761 final. Brussels, 25.11.2020 (énfasis añadido):

«La estrategia farmacéutica para Europa se asentará sobre estas bases. Fomentará el acceso de los pacientes a medicamentos innovadores

avanzar en simplificación efectiva. “La Comisión debe introducir directrices detalladas sobre simplificación a fin de informar a los Estados miembros y a sus regiones acerca de su cometido de eliminar, o al menos de reducir significativamente, la carga administrativa y la sobre-regulación que se observan, a escala nacional y local, en los procesos de contratación pública, [...] intentando evitar cambios frecuentes en las normas, simplificar el lenguaje y uniformizar los procedimientos”, como se dice en la *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2015 [2015/2772 (RSP)]*. Vid. J. TEJEDOR BIELSA, *La contratación pública en España ¿sobre-regulación o estrategia?*, Civitas, Cizur Menor, 2018.

³⁹ Me remito a mi trabajo “La colaboración público-privada en un contexto de moderna gobernanza económica al servicio de la ciudadanía”, *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 65, 2024.

y asequibles, apoyará la competitividad y la capacidad de innovación de la industria farmacéutica de la UE, desarrollará la autonomía estratégica abierta de la UE y garantizará unas cadenas de suministro sólidas para que Europa pueda cubrir sus necesidades, incluso en tiempos de crisis».

Es decir, se está preconizando una política industrial que asegure que el sector farmacéutico – más bien todo el sector salud – proporcione un suministro seguro y de calidad al sector sanitario europeo. Ciertamente, la preocupación medioambiental también es un elemento relevante en la Estrategia Farmacéutica para Europa, aunque aquí estamos hablando más de contaminación – protección de la salud humana y la biodiversidad – que de lucha contra el cambio climático:

«La estrategia es también complementaria al Pacto Verde Europeo y, en específico, al objetivo cero en materia de contaminación para un entorno sin sustancias tóxicas, principalmente a través del impacto de las sustancias farmacéuticas en el medio ambiente».

Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación en clave de la mejor solución asistencial. La normativa europea posibilita ya esta nueva “lectura” innovadora de cómo adquirir medicamentos y vacunas, ya sea como negocio excluido, ya lo sea como un proceso –que pivota sobre el paciente (y no sobre la gestión de la organización)– migrando del contrato de suministros a un moderno contrato de servicios digitalizado (con capacidad de “medir”), con pago por resultados y riesgos compartidos y con plazos largos que garanticen predictibilidad (no puede desconocerse la complejidad de producción de ciertos medicamentos y en especial de las vacunas)⁴⁰. Esta “relectura” exige un cambio de mentalidad de los distintos actores implicados para abandonar la práctica del precio más bajo como factor determinante para la selección de un único proveedor

⁴⁰ La experiencia práctica nos ha permitido constatar que los sistemas de pago o reembolso de los proveedores sanitarios que descansan en el modelo de pago por actividad o pago por capitación presentan no pocas limitaciones e incluso distorsiones, pues ofrecen algunos “incentivos perversos” que pueden repercutir de forma negativa en la calidad o en la eficiencia de la protección de la salud pública y de la asistencia sanitaria. Para el caso de las vacunas, por ejemplo, N. ZOZAYA GONZÁLEZ, B. ALCALÁ REVILLA, P. ARRAZOLA MARTÍNEZ, J. R. CHÁVARRI BRAVO, I. CUESTA ESTEVE, A. J. GARCÍA ROJAS, F. MARTIMÓN-TORRES, E. REDONDO MARGÜELLO, A. RIVERO CUADRADO, S. TAMAMES GÓMEZ, J. VILLASECA CARMENA y A. HIDALGO-VEGA, *Pathway towards an ideal and sustainable framework agreement for the public procurement of vaccines in Spain: a multi-criteria decision analysis*. Human Vaccines & Immunotherapeutics, 2020, pp. 1-12.

y avanzar hacia un modelo multi-criterio, apoyado en el valor, y multi-adjudicatario, donde la decisión final se debe compartir entre el gestor público y el médico prescriptor, con la mirada final en el paciente y su mejor atención.

La salud no tiene precio, es cierto, pero debemos cambiar ciertas rutinas e inercias para repensar nuevas formas de gestión de la sanidad que, desde una perspectiva holística centrada en el paciente como principal actor, permitan avanzar hacia modelos más eficientes, equitativos y con dinámica transformadora. Y el ámbito de la salud es una oportunidad para avanzar al cambio: del precio al valor, de la concepción como gasto a la de inversión, de la desconfianza al triple win: ente contratante, empresa contratista proveedora de soluciones y el ciudadano en ocasiones paciente) al que se dirige la prestación. Una oportunidad para un nuevo modelo de gestión que facilite avanzar del suministro al proceso, del procedimiento al proyecto (solución) con resultados. Anticipación, cooperación y colaboración, simplificación y agilidad como nuevos referentes, para consolidar los desafíos de una eficaz política de compra pública y salud.

Una nueva cultura de la adquisición pública de “prestaciones” en el ámbito de la salud como inversión y no como gasto. Como herramienta al servicio de políticas públicas y no como un fin en sí mismo⁴¹. Una contratación pública de salud que articule de forma armónica los denominados círculos de excelencia: excelencia de servicios (pensar primero en las personas), excelencia de procesos (hacer lo que toca sin burocracia indebida) y excelencia técnica (tener talento y conocimiento). Y esa es la verdadera cuestión de fondo para la que, seguramente, convendría una solución a escala europea⁴².

⁴¹ Políticas públicas orientadas hacia los objetivos de desarrollo sostenible contenidos en la Agenda 2030 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, se presenta, ante todo, como un nuevo contrato social global y local que obliga a todos los actores sociales y a todas las Administraciones públicas a trabajar de forma coordinada. Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La agenda de Naciones Unidas entorno a los objetivos de desarrollo sostenible y contratación pública. De las ideas a la acción”, en libro colectivo dirigido por J. ESTEVE PARDO, *Agenda 2030. Implicaciones y retos para las administraciones locales*, Serie Claves del Gobierno Local núm. 32, Fundación y Democracia Gobierno Local, Madrid, 2021, pp. 67-100. Los objetivos de desarrollo sostenible tienen, más allá de su marcado carácter didáctico, una clara incidencia en cómo los poderes adjudicadores deben diseñar la arquitectura de su contratación pública. Así, la Unión Europea ha decidido incluir los Objetivos de Desarrollo Sostenible en las políticas e iniciativas de la UE a todos los niveles, con el desarrollo sostenible como principio rector esencial de todas las políticas de la Comisión Europea.

⁴² Quizá el próximo paquete legislativo europeo en la materia de contratos públicos

Por ello resulta necesario un nuevo, moderno e inteligente modelo de compra pública en salud, de la que el paciente es el principal pilar del sistema, resulta necesaria para conseguir una mejor calidad, una rápida respuesta terapéutica, una flexibilidad de soluciones atendiendo al resultado y una fácil incorporación de las innovaciones. El objetivo es conseguir la mayor eficacia sanitaria, en un contexto también de necesidad de sostenibilidad económica. Con este objetivo hay que defender la oportunidad de cambios tanto en la adquisición de servicios y tecnología sanitaria, superando los límites del contrato de suministro, como en la adquisición de medicamentos y vacunas. Estos dos ámbitos son el principal caballo de batalla para avanzar en una nueva cultura de compra pública en los ámbitos de la salud que atienda al concepto de valor y fije la atención en el mejor servicio al paciente.

La compra pública de salud debe permitir preservar las notas de sostenibilidad financiera como la equidad del modelo, lo que exige una visión transversal del “mercado público de la salud y de la adquisición de medicamentos” que se aleje de propuestas desproporcionadamente subordinadas a una errónea idea de ahorro económico a ultranza, lo que podría llegar a poner en riesgo notas esenciales de un modelo sanitario público como el español, caracterizado por la universalidad y calidad asistencial. El ahorro en la compra de servicios y suministros sanitarios, insistimos, debe contribuir a mantener e incluso a ampliar la cobertura, no a erosionar su calidad y sostenibilidad.

En definitiva, las reflexiones propuestas pretender facilitar soluciones (también una nueva visión menos burocrática y menos economicista) que permitan un adecuado equilibrio no sólo entre todos los intereses públicos con presencia inmediata en el ámbito de la compra pública de servicios de tecnología innovadora (y de terapias), sino también de intereses privados como colaboradores en la prestación del interés general, cuya colaboración es imprescindible si el fin es preservar la mejor calidad de la prestación sanitaria, compatible con la sostenibilidad financiera del sistema sanitario público en España y en los países de Europa.

(quinto) tenga que prestar especial atención a esta cuestión por su dimensión económica y social, donde la coordinación/armonización a nivel europeo se vislumbra como muy necesaria en el ámbito de la salud y de la adquisición de productos y servicios sanitarios.

La sanità digitale e i nuovi modelli organizzativi per la qualità del servizio mediante il *procurement*

GABRIELLA M. RACCA

SOMMARIO: 1. L'evoluzione digitale per l'interoperabilità e l'accessibilità allo spazio europeo dei dati sanitari – 2. L'evoluzione della funzione appalti in sanità: dal singolo ospedale acquirente ai *network* europei per il *joint cross-border procurement* – 3. Il ruolo delle piattaforme per la qualità degli acquisti e delle prestazioni in sanità.

1. *L'evoluzione digitale per l'interoperabilità e l'accessibilità allo spazio europeo dei dati sanitari*

Le trasformazioni digitali e più di recente gli strumenti di Intelligenza Artificiale hanno comportato significative trasformazioni trasversali a tutti i settori, con significative evoluzioni nella raccolta ed analisi dati essenziali per lo svolgimento delle attività amministrative su piattaforme digitali¹. Interoperabilità e analisi dati permettono di immaginare scenari finora impensabili anche nello sviluppo dell'offerta di servizi di cura e assistenza in risposta alla domanda e ai bisogni di salute².

¹ Si v. G.M. RACCA, *La trasformazione digitale sovranazionale dei contratti pubblici*, in A. CORRADO, E. GRIGLIO, G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici. Manuale delle nuove procedure telematiche. Piattaforme, fiducia e innovazione*, Dike Giuridica, Napoli, 2025, 7 ss. In ambito europeo e sovranazionale: WORLD ECONOMIC FORUM, *Transforming Healthcare: Navigating Digital Health with a Value-Driven Approach*, January 2024, spec. 45 ss.

² Per una più ampia esposizione si rinvia a: G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enciclopedia del Diritto (I tematici)*, Giuffrè, Milano, 2022, 995 ss.; M.A. SANDULLI, *La sanità*, in *federalismi.it*, 30 luglio 2025, p. 2 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, III ed., Giappichelli, Torino, 2025; F. GAMBARDILLA, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio one health*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2025; ID., *Cura e pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2024; F. CIMBALI, *La governance della sanità digitale*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2023; G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 891 ss.; A. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2019, e i contributi ivi pubblicati; M. INTERLANDI, *La responsabilità per danni da comportamenti materiali*, in F. CARINGELLA-R. CHIEPPA-B.G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 107 ss.

Tutto ciò richiede una profonda trasformazione digitale della sanità, come condizione necessaria per la realizzazione di rinnovati servizi sanitari in un'Unione Europea della Salute forte e resiliente³.

La garanzia di elevati livelli di tutela della salute richiede infatti la conoscenza e la condivisione dei dati sanitari, come evidenziato nel Regolamento sullo Spazio europeo dei dati sanitari (*European Health Data Space*), di recente introduzione⁴. L'obiettivo consiste nella creazione di cartelle cliniche elettroniche e fascicoli sanitari digitali e interoperabili, dove i dati primari sono rilevanti per la cura della persona e i dati secondari per la ricerca in una collaborazione strategica di tutti i soggetti coinvolti⁵.

La sensibilità dei dati sanitari personali richiede un elevato livello di protezione, sicurezza, riservatezza nell'uso dei dati, al fine di promuovere la fiducia nel loro utilizzo primario e secondario. Il *cloud* europeo per la scienza aperta e le infrastrutture europee di ricerca promuovono l'accessibilità, l'interoperabilità e la riutilizzabilità dei dati elettronici sanitari, assicurando al contempo la minimizzazione dei trattamenti e l'anonimizzazione⁶.

³ Commissione UE, Comunicazione "*The European Health Union: acting together for people's health*", Brussels, 22.5.2024 COM(2024) 206 final. Si veda già il Discorso sullo stato dell'Unione del 15 settembre 2021 del Presidente della Commissione europea ove si afferma l'esigenza di pervenire, specialmente a seguito dell'esperienza pandemica, a un'«Unione europea della salute». Si v. anche EU Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, 2022, pag. 172 ss.

⁴ Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2025 sullo Spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847, pubblicato nella G.U. UE il 5.3.2025. Si veda anche la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Uno spazio europeo dei dati sanitari: sfruttare il potenziale dei dati sanitari per le persone, i pazienti e l'innovazione*, Strasburgo, 3.5.2022, COM(2022) 196 final, in cui si richiama l'importanza di considerare la digitalizzazione come "essenziale per il futuro dell'assistenza sanitaria". Si enfatizza in particolare la capacità della digitalizzazione di "fornire una migliore assistenza sanitaria ai cittadini, per sviluppare sistemi sanitari più forti e resilienti, per sostenere la competitività e l'innovazione nell'industria medica dell'UE sul lungo periodo e per aiutare l'Unione a riprendersi dalla pandemia".

⁵ R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività alla tutela della salute*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2024, 745 ss. Cfr. art. 1, par. 1, Reg. (UE) 2025/327, che prevede non solo "disposizioni" e "norme" ma anche infrastrutture comuni, tra cui la piattaforma europea per lo scambio dei dati sanitari (art. 23, par. 1), e un quadro di *governance* per l'uso primario (artt. 19-22) e secondario (artt. 55 ss.). La circolazione europea dei dati si fonda su regole di interoperabilità (art. 2, par. 2, lett. f), con netta separazione delle infrastrutture per i due usi (art. 1, par. 2, lett. d-e).

⁶ R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2021, 587 ss.; C. CASTALDO, *Big Data, Power and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in *Ius Publicum*, n. 1/2022, 1 ss.

La creazione di uno Spazio Europeo dei Dati Sanitari (*European Health Data Space* – EHDS) si inserisce in una strategia europea più ampia sui dati, la quale prevede la creazione di spazi comuni europei di dati specifici per settore, inclusi i dati sugli appalti pubblici⁷. Questa prospettiva digitale permette di passare dalle certificazioni sanitarie digitali all'identità digitale di cittadini (*Digital Identity Wallet*)⁸:

⁷ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva (UE) 2020/1828 (*Regolamento sui Dati*). La strategia europea per i dati (Commissione UE, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una Strategia Europea per i Dati*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 66 final) pone l'obiettivo di realizzare un mercato unico europeo per i dati attraverso la realizzazione di spazi comuni di dati in diversi settori. Il primo strumento attuativo è stato il Data Governance Act (Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724, Regolamento sulla Governance dei Dati) che assieme al Data Act (Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il Regolamento (UE) 2017/2394 e la Direttiva (UE) 2020/1828, Regolamento sui Dati) ha definito le finalità di armonizzazione per superare le barriere giuridiche e tecniche alla condivisione dei dati nello spazio europeo e specialmente nei settori di attività amministrativa, come già indicato nella Direttiva sul riuso dei dati pubblici (Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico) e nel Regolamento sul principio 'once-only' (Regolamento di esecuzione (UE) 022/1463 della Commissione del 5 agosto 2022 che definisce le specifiche tecniche e operative del sistema tecnico per lo scambio transfrontaliero automatizzato di prove e l'applicazione del principio «una tantum» a norma del regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento europeo e del Consiglio). L'obiettivo è la realizzazione graduale di spazi di dati relativi al patrimonio culturale, ai settori produttivi, energetico e manifatturiero, ai servizi finanziari, al turismo, alle comunità sostenibili e alla mobilità, nonché agli appalti pubblici e alla tutela della salute. Alcune di queste applicazioni sono in fase di programmazione, come lo spazio comune europeo di dati per l'agricoltura e del patrimonio culturale (Raccomandazione (UE) 2021/1970 della Commissione del 10 novembre 2021 relativa a uno spazio comune europeo di dati per il patrimonio culturale, e per le comunità sostenibili, nonché per il settore energetico, manifatturiero e finanziario (Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un quadro per l'accesso ai dati finanziari, Bruxelles, 28.6.2023, COM(2023) 360 final). In altri settori, come il turismo e la mobilità, è intervenuta la Commissione specificando gli obiettivi di realizzazione (Commissione UE, *Communication Towards a Common European Tourism Data Space: boosting data sharing and innovation across the tourism ecosystem*, Brussels, 20.7.2023 C(2023) 4787 final; *Recommendation of 29.11.2023 on means to address the impact of automation and digitalisation on the transport workforce*, Brussels, 29.11.2023 C(2023) 8067 final).

⁸ Regolamento (UE) 2024/1183 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 aprile 2024, che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l'istituzione del quadro europeo relativo a un'identità digitale (GUUE L 202 del 30.4.2024).

dal *QR code* per i cittadini ai *Data quality label* per gli usi secondari dei dati⁹.

In questo contesto, l'Intelligenza Artificiale permette lo sviluppo di ricerche e sperimentazioni per l'ottimizzazione dei servizi basati sui dati¹⁰.

L'evoluzione, nella disciplina europea, di uno "*sportello digitale unico europeo*" (*single digital gateway*) permetterà di semplificare l'accesso ai servizi pubblici negli Stati membri¹¹, tramite la realizzazione di un "*Once Only Technical System*"¹². L'orientamento verso questa direzione è dimostrato dalle numerose iniziative europee, tra cui la recente istituzione del "*quadro europeo relativo a un'identità digitale*"¹³, con l'obiettivo di garantire un più incisivo controllo dei dati e l'accesso ai correlati servizi digitali anche a livello transfrontaliero, a beneficio sia dei cittadini, sia delle imprese. In questa prospettiva, l'*ID Wallet* europeo permetterà di valorizzare anche le capacità dell'impresa (con evoluzione verso il *Business Wallet*), che potrà assicurare la "fiducia digitale"¹⁴ anche nelle procedure

Si v. Commissione europea "*European Digital Identity (EUDI) Regulation*", che illustra l'obbligo per gli Stati membri di mettere a disposizione portafogli di identità digitale per cittadini e imprese entro la fine del 2026.

⁹ Art. 78, Regolamento (UE) 327/2025, EHDS, cit.

¹⁰ L'acquisto di soluzioni di Intelligenza Artificiale, ICT e di innovazione rappresenta la strategia nazionale perseguita per la realizzazione e l'attuazione della Missione 6 (salute) del PNRR. Sul tema: G.M. RACCA, *Country Report on Italy*, in C. KRÖNKE, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Buying AI. The Legal framework for Public Procurement of Artificial Intelligence in the EU*, Cheltenham, Londra, 2025; A. SCHILLIZI, *Sull'uso degli algoritmi predittivi in sanità*, in G. GARDINI, A. RICCI, M.D. FERRARA, M. DE DONNO, *Nuove tecnologie per nuove amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2025, 141 ss.

¹¹ Si veda in particolare: Regolamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo e del consiglio del 2 ottobre 2018 che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

¹² Art. 1, par. 1, lett. b), Regolamento (UE) 2018/1724, cit. Principio già configurato nella legge generale sul procedimento amministrativo quale obbligo di acquisizione d'ufficio di dati e documenti, art. 18 della L. 241/1990. Cfr., F. GORGERINO, *Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case*, in R. KRIMMER, A. PRENTZA, S. MAMROT (a cura di), *The Once-Only Principle. The TOOP Project*, Lecture Notes in Computer Science, n. 12621, Cham (Switzerland), 2021, 104 e ss.

¹³ Regolamento (UE) 2024/1183, cit.; Raccomandazione (UE) 2021/946 della Commissione, del 3 giugno 2021, relativa a un pacchetto di strumenti comuni dell'Unione per un approccio coordinato verso un quadro europeo relativo a un'identità digitale.

¹⁴ Art. 5-bis, par. 1, Regolamento (UE) 2024/1183, cit., che impone agli Stati membri di mettere a disposizione almeno un portafoglio europeo di identità digitale, utilizzabile anche dalle persone giuridiche. G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, n. 2/2023, 357 ss. Si v. di recente "Pro-

di affidamento in ambito sanitario, misurando la qualità e la tempestività delle prestazioni, evitando scorrettezze e disparità di trattamento¹⁵.

In Italia, la recente legge sull'Intelligenza Artificiale prospetta la possibilità di effettuare trattamenti di rilevante interesse pubblico per sviluppare sistemi di IA, considerando sempre autorizzato l'uso secondario dei dati¹⁶.

Tuttavia la limitata condivisione di strutture e tecnologie informatiche *“contribuiscono ad ostacolare l'accessibilità dei dati sanitari da parte di ricercatori, istituzioni pubbliche e organi regolatori”*¹⁷.

L'obiettivo è superare gli ostacoli all'utilizzo e alla condivisione dei dati sanitari, non solo per un uso più agevole e transfrontaliero da parte dei titolari del dato stesso e per le connesse attività di cura e di ricerca. L'“Unione Europea della Salute” trova ancora ostacoli poiché *“i dati sono originariamente raccolti per fini sanitari specifici, il che comporta una loro possibile inadeguatezza per finalità diverse”* e secondo *“protocolli standard utilizzati nella raccolta dei dati, i quali possono risultare poco adattabili per altri contesti”*¹⁸. Restano infatti barriere giuridiche tra gli ordinamenti nazionali: sebbene alcuni Stati membri abbiano regolamentato l'accesso ai dati sanitari per finalità istituzionali e di ricerca scientifica, non pare che tale prassi abbia raggiunto un grado uniforme nell'Unione europea.

Le riscontrate difficoltà nella condivisione dei dati e delle informazioni di carattere sanitario si traducono in una limitazione alle libertà d'im-

posal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of European Business Wallets”, COM/2025/838 final. Consultazione pubblica Call for evidence – Ares(2025)3928207, 15 maggio-12 giugno 2025, sul Portafoglio europeo delle imprese (feedback reference no. F3565847 – Università di Torino).

¹⁵ G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss. e più in generale: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024.

¹⁶ Legge 23 settembre 2025, n. 132, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, spec. artt. 7 e ss. in cui si qualificano i trattamenti di dati per la ricerca e lo sviluppo di sistemi di IA come attività di rilevante interesse pubblico (art. 8, co. 1), legittimando, a determinate condizioni, anche l'uso secondario di dati personali, purché privi di identificativi diretti e nel rispetto della normativa sulla privacy (art. 8, co. 2) e dei principi di trasparenza, mediante obblighi di informativa semplificata e la previsione di controlli sull'effettiva anonimizzazione o pseudonimizzazione (artt. 8-9). A. SCHILLIZI, *Sull'uso degli algoritmi predittivi in sanità*, cit., 141 ss.

¹⁷ EU Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, 2022, pag. 172.

¹⁸ EU Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, 2022, pag. 172.

presa nel mercato unico, poiché il progresso nelle cure è connesso alla promozione dell'innovazione nella ricerca medica, pubblica e privata.

Nel settore dei dispositivi medici innovativi e della ricerca farmacologica, “l'accesso a diverse e più ampie quantità di dati del mondo reale, unito a informazioni più granulari sui profili dei pazienti, potrebbe facilitare un apprendimento più rapido e rigoroso su come la sicurezza dei farmaci sia correlata a particolari gruppi di pazienti nel corso del tempo, anche nel contesto delle co-morbilità”¹⁹. Ovviamente le prospettive di apertura dovrebbero contemperare tutti gli interessi primari sottesi alla raccolta ed utilizzo dei dati ed alla condivisione degli esiti conseguenti alle elaborazioni con strumenti di intelligenza artificiale, sempre riconoscendo che restino dati pubblici, per ogni possibile utilizzo di banche dati secondarie²⁰.

Anche l'Agenzia per l'Italia Digitale (Agid) e l'Autorità per la Cybersecurity Nazionale (ACN), come Autorità per l'intelligenza artificiale, potranno assicurare un quadro di riferimento certo e aperto alle sperimentazioni e ricerche²¹.

In Italia, la piattaforma di intelligenza artificiale dell'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari (AGENAS) è destinata principalmente ai professionisti sanitari, per la gestione della presa in carico, e ai medici, per fornire suggerimenti non vincolanti (come *copilot*), ma anche agli utenti e pazienti per facilitare l'accesso alla rete di cura e ai servizi assistenziali territoriali (come le case di comunità²²)²³.

¹⁹ EU Commission, *Study on Health Data, Digital Health and Artificial Intelligence in Healthcare*, cit. pag. 173

²⁰ R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Dir. amm.*, n. 3/2021, 587 ss., spec. 606; ID., *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 3/2023, 549 ss. C. CASTALDO, *Big Data, Power and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in *Ius Publicum*, n. 1/2022.

²¹ Art. 20, l. n. 132/2025, cit., ferma restando l'attribuzione alla Banca d'Italia, alla CONSOB e All'IVASS del ruolo di autorità di vigilanza del mercato ai sensi e secondo quanto previsto dall'articolo 74, paragrafo 6, del regolamento (UE) 2024/1689.

²² PNRR, Missione 6, Componente 1, Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria territoriale. Sulle Case della Comunità, v. il DM 23 maggio 2022, n. 77 (“Regolamento recante la definizione di modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale”), che individua le Case della Comunità quali fulcro della rete territoriale e ne definisce modelli organizzativi e standard strutturali, tecnologici e di personale; nonché le successive *Linee di indirizzo per l'attuazione del modello organizzativo delle Case della Comunità* (CdC), AGENAS.

²³ Si v. MIA, piattaforma di IA AGENAS, progettata nell'ambito della Missione 6 “Salute” del PNRR, per offrire un supporto concreto ai professionisti sanitari in tre am-

L'ecosistema digitale dei dati sanitari mira all'interoperabilità entro il 2026 a partire dall'alimentazione del Fascicolo Sanitario Elettronico, tutt'ora non interoperabile tra i sistemi sanitari delle diverse Regioni italiane, che richiede anche il bilanciamento con il diritto di “*opt-out*” che consente ai titolari dei dati, di rifiutare l'inserimento dei propri dati e documenti sanitari digitali²⁴. Pare necessaria una interoperabilità che includa anche i registri di patologia, nonché la previsione di interoperabilità e esportabilità dei dati raccolti (anche direttamente dai dispositivi medici) già in fase di acquisto, per evitare i danni attualmente consistenti connessi all'effetto di *lock-in* con un fornitore che raccoglie e non trasferisce i dati²⁵.

2. *L'evoluzione della funzione appalti in sanità: dal singolo ospedale acquirente ai network europei di joint cross-border procurement*

L'evoluzione dei modelli di organizzazione sanitaria, delle tecnologie disponibili con l'uso dei *Big Data* e dell'Intelligenza Artificiale in sanità e, soprattutto, la raccolta di dati impone di riconsiderare anche le forme di acquisizione e utilizzo dei beni e servizi necessari per il corretto svolgimento delle funzioni assistenziali²⁶.

biti strategici: diagnostica di base, gestione della cronicità, prevenzione e promozione della salute.

²⁴ Si v. il decreto del Ministero della salute del 7 settembre 2023, recante “Fascicolo sanitario elettronico 2.0.”, nonché il Parere del Garante per la protezione dei dati personali del 26 settembre 2024, sullo schema di decreto del Ministero della salute che modifica il decreto del Ministero della salute del 7 settembre 2023, introducendo una disciplina transitoria delle disposizioni sul FSE 2.0. Le modifiche sono state rese necessarie a seguito dell'attività di monitoraggio avviata dal Garante privacy per verificare la corretta attuazione delle nuove disposizioni da parte delle regioni e province autonome sul FSE. Si v. N. POSTERARO, *La digitalizzazione della sanità in Italia: uno sguardo al Fascicolo Sanitario Elettronico (anche alla luce del PNRR)*, in *Federalismi.it*, Osservatorio di Diritto Sanitario, n. 26/2021, 189 ss. Sull'interoperabilità come obbligo M. DEMICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023, 122 ss.

²⁵ Sul rischio di c.d. *lock-in*, v. artt. 68-69, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale* (CAD) e Linee guida AgID su acquisizione e riuso di *software* per la PA. G.M. RACCA, *La “fiducia digitale” nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, n. 2/2023, 357 ss. Più in generale, si v. OECD, *Health at a Glance: Europe 2024. State of Health in the EU Cycle*, 2024, 166: “Policies promoting integrated care can improve patient outcomes and experiences. They also hold the potential to increase value-for-money by reducing duplicative and unnecessary care. Key actions to advance integrated care include strengthening the governance of care delivery, developing interoperable information systems and aligning financial incentives across providers”.

²⁶ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in*

La funzione pubblica di acquisto di beni e servizi sanitari attua il principio della dignità della persona umana, il bisogno di salute, la qualità delle cure e la loro appropriatezza rispetto a specifiche esigenze, assicurando il corretto impiego delle risorse²⁷.

L'importanza della funzione sanitaria giustifica un progressivo aumento della spesa nell'acquisizione di beni e servizi innovativi in relazione all'evidenza tecnico-scientifica e all'evoluzione tecnologica e digitale²⁸. La funzione degli acquisti sanitari consente il miglioramento delle cure, ma impone di evitare ogni dispersione di risorse determinata dall'incapacità e dalle inefficienze gestionali con conseguente frammentazione degli affidamenti di servizi, lavori e forniture in ambito nazionale ed in tutta Europa²⁹.

Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G.M. RACCA, M. DUGATO (a cura di), I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata, Rimini, Maggioli, 2011, 193 ss.

Si veda il progetto *Healthy Ageing in Public Procurement of Innovation* – HAPPI (in www.masterseic.it/happi/) ha sviluppato, in anticipo di un decennio rispetto al quadro giuridico delle Direttive europee del 2014, un modello di appalto transfrontaliero congiunto di soluzioni innovative nel settore sanitario ed ha rappresentato la base per avviare nuovi e più ambiziosi progetti di collaborazione europea e sovranazionale nel settore della salute e della sanità. Tale esperienza ha messo in luce l'importanza di acquisire le competenze per promuovere l'innovazione e la collaborazione necessaria per strutturare accordi quadro transfrontalieri che valutino anche gli effetti complessivi della prestazione innovativa sui destinatari e la relativa qualità di vita (cd. “*value based approach*”), con tutte le cautele necessarie per evitare le possibili distorsioni del confronto competitivo. Cfr. G.M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospitals and Health Services*, Vol 47 n. 1, 2011, 18 ss.

²⁷ Artt. 3 e 32 Cost. Sulla cd. “*value-based healthcare*”, si v. a titolo esemplificativo, Commissione UE, *Expert Panel on effective ways of investing in Health (EXPH), Opinion on Defining value in “value-based healthcare”*, Bruxelles, European Union, 2019. Cfr. R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Doveri, obbligazioni e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in *I diritti sociali come diritti della personalità*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G. M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010, 11 ss.; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: principi costituzionali*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir. da), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 18 ss.; R. BALDUZZI, voce *Salute (diritto alla)*, in *Diz. Dir. Pubbl.*, (dir. da) S. CASSESE, vol. VI, Milano, 2006,

²⁸ Cfr. G.M. RACCA, C.R. YUKINS, *Emergency Procurement and Corruption*, in S. WILLIAMS, J. TILLIPMAN (eds. by), *Routledge Handbook of Public Procurement Corruption*, Routledge International Handbook, London, UK, 2024, 76-93. A livello internazionale, si veda il documento realizzato dal *World Economic Forum* (2019) recante Linee Guida sul Procurement delle soluzioni di Intelligenza Artificiale. Il *White Paper*, applicabile anche al settore *healthcare*, considerato “*topic of great social concern*”, è accessibile online.

²⁹ G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 1/2019, 33 ss.

Frammentazione che determina inefficienze e sprechi, generando al contempo profitti significativi per un ristretto numero di fornitori³⁰. Gli appalti in sanità andrebbero, invece, disciplinati separatamente, con definizione di procedure specifiche in relazione alle peculiarità del bisogno da soddisfare³¹.

L'accresciuta complessità della funzione appalti richiede capacità di cui difficilmente possono disporre tutti i singoli ospedali acquirenti, e che richiede invece un'evoluzione verso un rinnovato modello organizzativo strutturato in centrali di committenza o reti fra *Big buyers*³² attrezzati che conoscano i mercati di riferimento orientandosi verso una specializzazione³³, come già ampiamente sperimentato in altri ordinamenti e da alcune realtà associative nazionali ed europee, con l'attivazione di forme di coordinamento tra centrali di acquisto e acquirenti pubblici in ambito sovranazionale³⁴.

³⁰ G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, seconda edizione, Giappichelli, Torino, 2025, 391 ss.; G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss.

³¹ Così come prospettato anche dalla COMMISSIONE UE, *Public procurement in health-care systems, Opinion of the Expert Panel on effective ways of investing in Health (EXPH)*, European Union, 2021, spec. 27 ss., disponibile *online*. Si richiama Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, relazione speciale 28/2023, 25 ottobre 2023; Commissione UE, *Risposte della Commissione europea alla relazione speciale della Corte dei conti. Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, 28 novembre 2023. Più in generale, sulle prospettive di innovazione e concorrenza: Report realizzato per la Commissione UE da M. DRAGHI "The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe". Si v. il parere del Comitato economico e sociale europeo adottato il 25 febbraio 2025, *Valutazione dei rapporti Letta e Draghi sul funzionamento e la competitività del mercato unico dell'UE*. Si v. G.M. RACCA, S. PONZIO, *Prossime sfide per la riforma dei contratti pubblici in Europa: digitalizzazione e cooperazione*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2024, 3 ss.

³² Cfr. l'iniziativa della Commissione europea *Big Buyers Working Together Communities*, che promuove la collaborazione tra acquirenti pubblici per promuovere l'innovazione e la sostenibilità nel ciclo di approvvigionamento. Il progetto ha istituito dieci Comunità di Pratica (CoP) in settori strategici per la condivisione delle competenze e lo sviluppo strategie di acquisto congiunte.

³³ Come già evidenziato in passato in G.M. RACCA, *Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives*, in F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER (eds.) *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, 225 ss.; ID., *Collaborative And Strategic Procurement For Supporting Industrial Innovation*, in É. MULLER (eds.), *La Commande Publique, Un Levrier Pour L'action Publique?*, Dalloz, Parigi, 2018, 121 ss.

³⁴ G.M. RACCA, *Collaborative procurement and contract performance in the Italian*

Questo richiede un cambiamento di prospettiva nel settore pubblico: dal semplice controllo dei costi (correlato alle ripetute crisi finanziarie) ad un approccio strategico, da perseguire anche in relazione alla prossima riforma delle Direttive europee sul *public procurement*³⁵. I contratti pubblici nel settore sanitario andrebbero regolati separatamente rispetto agli altri settori per le peculiarità del servizio. Anche in relazione agli strumenti di Intelligenza Artificiale ed alla possibilità predittiva di individuare con precisione i bisogni, si potrebbero strutturare forme di collaborazione con l'industria dei dispositivi medicali e con la farmaceutica che permetta di accompagnare il paziente sempre con le cure più avanzate e innovative definendo e modellando anche le relazioni contrattuali che assicurino margini ragionevoli e sostenibili per sviluppare congiuntamente l'innovazione attraverso partenariati³⁶.

Vanno ripensati i modelli organizzativi di “chi compra”: le centrali d'acquisto svolgono la funzione appalti per le altre amministrazioni pubbliche, superando la tradizionale coincidenza tra acquirente e destinatario della prestazione, con la necessaria attivazione di sistemi di quali-

healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119 ss. È il caso di Resah Idf e Uniachat in Francia e della catena di approvvigionamento del NHS nel Regno Unito, nonché di EHPPA a livello europeo. Si v. G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (Directed by J.B. Auby), Bruxelles, Bruylant, 2019, *passim*. C. BOVIS, *The ten-year anniversary of public procurement reforms: a critical assessment of the European Union public procurement Directives*, in *ERA Forum*, 25, 2024, 203 ff.

³⁵ Si richiama la Consultazione della Commissione europea per la riforma delle Direttive europee sugli appalti pubblici, chiusa il 7 marzo 2025 (Ref. Ares(2024)8928678): si v. i contributi del *Public Contracts in Legal Globalisation Network* (Feedback reference no. F3524844), del gruppo di ricerca dell'Università di Torino (Feedback reference no. F3525461) e della centrale di committenza nazionale Consip S.p.A. (Feedback reference no. F3524157). Una seconda consultazione pubblica si è chiusa il 26 gennaio 2026. Si v. Commissione UE, *Executive Summary of the Evaluation of the Public Procurement Directives. Staff Working Document – Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities*, Brussels, 14 October 2025, SWD(2025) 333 final, 1 ss. Sulle proposte di riforma: G.M. RACCA, S. PONZIO, *Prossime sfide per la riforma dei contratti pubblici in Europa: digitalizzazione e cooperazione*, cit., 1 ss.

³⁶ G.M. RACCA, *Digitalisation and competition: proposals for upcoming public procurement reform*, in K.M. HALONEN, W. JANSSEN, F. LICHÈRE (eds.), *Reforming EU Public Procurement. Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, European Procurement Law Series, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2026, 117 ss., forthcoming.

ficazione e aggregazione professionale della domanda, come previsto nel Codice dei Contratti Pubblici in Italia³⁷. In sanità è ancora più evidente la necessità di specializzazione per poter avere la necessaria conoscenza del mercato di riferimento delle innovazioni in corso per poter strutturare l'acquisto nel perseguimento dell'interesse alle cure migliori per i pazienti. La frammentazione delle gare da parte di singoli ospedali o anche da parte di centrali d'acquisto regionali non assicura quella conoscenza che si potrebbe sviluppare dedicando un gruppo quantomeno nazionale allo studio di uno specifico settore per poter monitorare e collaborare alla scelta migliore nel tempo. La collaborazione amministrativa è essenziale per realizzare l'obiettivo della selezione delle cure migliori, che non significa un solo contraente ma la selezione di una pluralità di proposte che in modo differente possano rispondere al meglio alle necessità di cura, mantenendo nel mercato operatori economici piccoli e grandi ed accompagnandone e sostenendone le innovazioni.

Cambia anche l'oggetto del contratto ("cosa si compra") e gli obiettivi strategici, da favorire anche mediante gli appalti di innovazione, per prodotti con caratteristiche Zero Net (zero emissioni nette) che riducano il consumo di risorse naturali³⁸: si acquista un bene con il diritto al riutilizzo, alla riparazione e al riciclo nella logica dell'economia circolare³⁹. Sono posti nuovi obiettivi strategici di sostenibilità ambientale, sociale, di economia circolare e di favore per l'acquisto di tecnologie che vadano a beneficio dell'ambiente e del territorio circostante⁴⁰. Un esempio

³⁷ Sul tema: G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss.; si veda inoltre: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022 e il successivo Volume: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024.

³⁸ Regolamento (UE) 2024/1735 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che istituisce un quadro di misure per rafforzare l'ecosistema europeo di produzione delle tecnologie a zero emissioni nette e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724.

³⁹ F. DE LEONARDIS, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Giappichelli, Torino, 2024; Id., *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2021, 779 ss. M. DEMICHELIS, *Innovative perspectives in public procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2025, 1 ss.

⁴⁰ Un esempio è rappresentato dal concetto di contrattazione pubblica socialmente responsabile (*Socially responsible public procurement* – SRPP), che funge da modello di appalto pubblico capace di integrare considerazioni e obiettivi di inclusione. A differenza

recente si sta sviluppando con l'attuazione della prospettiva europea del NEB – *New European Bauhaus*⁴¹, ove la sostenibilità si realizza attraverso la salute e la rigenerazione delle relazioni sociali anche di cura.

A livello sovranazionale, è essenziale considerare la sostenibilità nell'intera filiera distributiva, valutando produzione, uso, smaltimento, riutilizzo e riciclaggio sin dall'inizio del ciclo di approvvigionamento, integrando tali considerazioni con l'approccio “*One Health*”⁴². Si tratta di un nuovo approccio integrato promosso dalle istituzioni internazionali, come l'Organizzazione Mondiale della Sanità e l'Unione Europea, per affrontare le criticità già evidenziate dalla pandemia Covid-19, come l'interruzione della catena globale di approvvigionamento, e per evidenziare la necessità di un accesso più efficiente ed equo ai beni e ai servizi sanitari essenziali, compresi i dispositivi di protezione individuale e i vaccini.

Cambia, infine, la qualificazione dei fornitori (“da chi si può comprare”): con le esclusioni di operatori economici che non si conformino a rinnovati obiettivi assegnati alle catene produttive e distributive di risparmio energetico, tutela ambientale e sociale (sempre più puntuali, fino alla esclusione, ad esempio, di chi sia complice anche della deforestazione)⁴³. Non si dovrebbe comprare “ingiustizia sociale” da chi viola gli obiettivi di inclusione.

degli appalti verdi (*Green Public Procurement* – GPP), che si concentrano principalmente sugli aspetti ambientali, la SRPP amplia il suo ambito per includere anche temi sociali quali la promozione della parità di genere, il miglioramento delle condizioni di lavoro e il sostegno alle piccole e medie imprese (PMI). Sul tema, di recente: R. WILLIAMS, *Socializing public procurement*, in *Public Procurement Law Review*, n. 4/2024, 119-122. Cfr. EUROPEAN TRAINING FOUNDATION (ETF), *Socializing public procurement: a transformational journey towards socially responsible procurement*, report realizzato con *European Union Intellectual Property Office (EUIPO)*, *European Institute for Gender Equality (EIGE)*, *European Labour Authority (ELA)*, *European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA)*, 2024.

⁴¹ Comunicazione della Commissione UE al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Nuovo Bauhaus europeo: bello, sostenibile, insieme*, COM(2021) 573 final; Relazione del Parlamento UE sul nuovo Bauhaus europeo (2021/2255(INI)), cit.; Parere della Commissione per lo sviluppo regionale destinato alla Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia e alla Commissione per la cultura e l'istruzione sul nuovo Bauhaus europeo (2021/2255(INI)), 20 giugno 2022. Per un'esperienza in corso: progetto Interreg *Supporting the integration of New European Bauhaus values and principles into the regional planning processes (NEBA)*.

⁴² G.M. RACCA, voce *Salute*, cit., p. 995 ss.

⁴³ Il Regolamento (UE) 2023/1115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010 prevede, quale sanzione, l'esclusione temporanea, per un periodo massimo di 12 mesi, dalle procedure

La politica industriale strategica in sanità si evolve e semplifica, con l'introduzione di piattaforme digitali per l'interoperabilità e la tracciabilità degli acquisti e della qualità nell'esecuzione⁴⁴, che in sanità si arricchisce della connotazione dell'appropriatezza dell'uso delle risorse e della necessità di raccogliere le innovazioni per assicurare le cure migliori.

3. *Il ruolo delle piattaforme per la qualità degli acquisti e delle prestazioni in sanità*

Si è evidenziato da tempo come l'aggregazione e la professionalizzazione dei contratti pubblici costituiscano due delle sfide più importanti per gli acquirenti pubblici e per gli Stati membri dell'Unione europea, in particolare nel settore sanitario⁴⁵. Tali obiettivi sono diventati ancor più rilevanti in seguito all'emergenza sanitaria pandemica, evidenziando criticità significative nella tutela della salute dei cittadini dell'Unione europea⁴⁶.

Criticità legate alla inadeguatezza dei piani pandemici, alla mancanza di scorte di dispositivi di protezione individuale e degli altri presidi es-

di appalto pubblico e dall'accesso ai finanziamenti pubblici, comprese procedure di gara, sovvenzioni e concessioni (art. 25, par. 2, lett. d))

⁴⁴ L'evoluzione digitale nella prospettiva dei contratti pubblici è il tema affrontato in: G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Public Procurement and Digitalisation*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, J.B. AUBY (dir.), Bruxelles, Bruylant, in corso di pubblicazione. Per la prospettiva nazionale: A. CORRADO, E. GRIGLIO, G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, cit., *passim*. Si v. G.M. RACCA, *Digital Transformation for an Effective E-Procurement*, in C. RISVIG HAMER, M. ANDHOV, E. BERTELSEN, R. CARANTA (eds.), *Into the Northern Light. In memory of Steen Treumer*, Ex Tuto Publishing, Copenhagen, 2022, 215 ss. A livello internazionale e di policy: OECD, *Governing with Artificial Intelligence The State of Play and Way Forward in Core Government Functions*, 2025.

⁴⁵ G.M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospitals and Health Services*, Vol. 47 n. 1, 2011, 18 ss. Di recente: Id., *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, in *Healthmanagement.org – Medical Devices and AI regulations*, vol. 23, Issue 2, 2023, 98-100. Cfr. la recente proposta della Commissione UE, *Proposal for a Council Recommendation on the European Research Area Policy Agenda 2025-2027*, 25 febbraio 2025; G.M. RACCA, *Digitalisation and competition: proposals for upcoming public procurement reform*, in K.M. HALONEN, W. JANSSEN, F. LICHÈRE (eds.), *Reforming EU Public Procurement. Proposals for the Reform of Directive 2014/24/EU*, cit., forthcoming.

⁴⁶ Come evidenziato nella recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Risposta alle carenze di medicinali nell'Unione europea*, Bruxelles, 24.10.2023, COM(2023) 672 final.

senziali di cui subito si è verificata la difficoltà di approvvigionamento, per l'interruzione delle catene di distribuzione e di produzione⁴⁷. Alla normale concorrenza tra operatori economici si è sostituita la concorrenza tra gli acquirenti pubblici a livello nazionale, regionale, europeo e globale che ha determinato inefficienze e abusi⁴⁸.

Ciò ha evidenziato la necessità di sviluppare cooperazione e forme di acquisto congiunto dei presidi sanitari essenziali a condizioni contrattuali adeguate ad assicurare il diritto alla salute dei cittadini e la sicurezza delle catene di approvvigionamento europee anche rispetto a sfide attuali, come la vulnerabilità delle *supply-chain* in conseguenza di fenomeni pandemici o legati al contesto geopolitico⁴⁹.

Gli acquisti transfrontalieri nel settore sanitario, soprattutto se realizzati in forma congiunta, rappresentano infatti uno strumento significativo per il rafforzamento dei principi europei di coesione sociale e di sostenibilità⁵⁰. Come ricordato, solo la collaborazione amministrativa più ampia possibile permette di acquisire quella conoscenza del mercato che permette di selezionare i dispositivi ed i farmaci che soddisfino le necessità di cura.

Tuttavia, anche a seguito della pandemia, si è mostrato come il processo di approvvigionamento pubblico per l'assistenza sanitaria nell'UE presenti livelli di integrazione e cooperazione molto bassi, riflettendo spesso l'eterogeneità dei sistemi sanitari⁵¹.

La principale modalità di acquisizione, ad esempio, di medicinali, av-

⁴⁷ C.R. YUKINS, *Emergency Procurement and Responses to COVID-19: The Case of the US*, in S. ARROWSMITH, L.R. BUTLER, A. LA CHIMIA, C.R. YUKINS, (eds.) *Public Procurement Regulation in (a) Crisis? Global Lessons from the COVID-19 Pandemic*, 393 ss.; di recente: G.M. RACCA, *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, cit., 98 ss.

⁴⁸ L. FOLLIOT LALLIOT E C.R. YUKINS, *COVID19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*, in *Concurrences*, 2020, n. 3, 46 ss.

⁴⁹ Nella recente Comunicazione della Commissione europea, *Risposta alle carenze di medicinali nell'Unione europea*, cit. si evidenzia come: "La pandemia di COVID-19 e l'aggressione militare russa nei confronti dell'Ucraina hanno messo in luce le dipendenze dell'Europa in tema di catene di approvvigionamento e il rischio che la dipendenza economica possa essere usata come arma". Cfr. *Joint Procurement Agreement*, 10 aprile 2014, in attuazione dell'art. 5, Decisione n. 1082, 2013/UE.

⁵⁰ G.M. RACCA, *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, cit., 98 ss.; Id., *Piattaforme interoperabili e Intelligenza Artificiale per un nuovo sistema di procurement in sanità*, in *Rivista Teme – Bimestrale di Tecnica ed Economia Sanitaria*, in corso di pubblicazione.

⁵¹ Commissione UE, *Study on best practices in the public procurement of medicines. Final report*, 2022, spec. 123, and 2023.

viene ancora a livello di singola unità ospedaliera⁵² e, con alcune eccezioni legate a sforzi congiunti di acquisto sanitario degli Stati membri con la Commissione europea, ancora isolate appaiono le esperienze di acquisto congiunto, sia internamente, sia tra Stati membri⁵³.

Tra i principali ostacoli all'aggregazione della domanda vi è, come richiamato, l'insufficiente disponibilità di dati esaustivi, anche dovuta alla diversa organizzazione della sanità che in molti ordinamenti è variamente centralizzata o su base regionale, rendendo i dati relativi al consumo e alla spesa farmaceutica scarsamente accessibili.

L'opacità dei prezzi è spesso dovuta ad accordi riservati tra produttori e acquirenti pubblici, complicando ulteriormente le comparazioni sulla spesa farmaceutica evidenzia l'urgenza di un monitoraggio più accurato del consumo farmaceutico, della spesa e dei prezzi, ma anche una comprensione più approfondita dei processi di acquisto dei medicinali. Ciò richiede, inoltre, di considerare le prospettive e peculiarità degli approvvigionamenti nel settore sanitario che ancor più di altri settori richiedono collaborazione⁵⁴.

Le direttive europee sugli appalti pubblici disciplinano il processo di approvvigionamento delle autorità pubbliche al fine di aggiudicare i contratti per l'acquisto di lavori pubblici, beni e servizi in modo trasparente, equo e competitivo. Sebbene le direttive incoraggino questa cooperazione, si riconosce anche che alcuni settori, come quello sanitario, richiedono una considerazione speciale adeguata al contesto in cui i servizi sanitari sono forniti in Europa⁵⁵. Questo perché la filiera delle cure presenta specificità e i servizi sono erogati in contesti diversi tra gli Stati membri, a causa delle diverse condizioni culturali, sociali, linguistiche e giuridiche.

Le specificità del mercato degli acquisti pubblici in sanità sono evidenziate dal considerando 114 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, mentre deroghe sono ammesse nell'articolo 76 della stessa Direttiva, che, riferendosi ai servizi sanitari, prevede che gli Stati membri sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili tenendo conto della

⁵² Commissione UE, *Study on best practices in the public procurement of medicines. Final report*, cit., 89.

⁵³ G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in DPCE online, n. 2/2020, 2323 ss.

⁵⁴ G.M. RACCA, *Digital Transformation in Healthcare Procurement*, cit., 98 ss.

⁵⁵ Corte dei conti UE, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021*, relazione speciale 28/2023, cit.

specificità di tali servizi⁵⁶. Tali aspetti vanno considerati in relazione alle specificità degli ordinamenti nazionali, che sono per i Trattati, competenti a organizzare i propri servizi sanitari determinando il grado di tutela della salute pubblica che intendono garantire e le modalità di erogazione⁵⁷.

La configurazione dei servizi sanitari in Europa come servizi di interesse generale già permette flessibilità, ma sempre rispettando i principi di universalità, parità di accesso, equità, continuità delle cure, trasparenza e qualità. Del pari, gli appalti pubblici nel settore sanitario presentano caratteristiche che implicano sfide e rischi crescenti in relazione al grado di interazione con il mercato di riferimento, criticità che sono state pure evidenziate dalle Istituzioni UE evidenziando una scarsa considerazione dei profili di gestione del rischio nell'approvvigionamento in sanità⁵⁸.

I profili legati alla gestione del rischio sono, in particolare, emersi nel contesto degli acquisti di vaccini promossi dall'Unione Europea, laddove è emersa una certa resistenza delle aziende farmaceutiche ad impegnarsi in accordi di condivisione del rischio con gli acquirenti pubblici; profili che rappresentano precisamente un ambito da promuovere nella gestione degli approvvigionamenti e lungo tutta la "filiera", dalla programmazione, all'acquisto, fino all'esecuzione del contratto⁵⁹.

In questo contesto, gli appalti transfrontalieri in sanità potrebbero davvero diventare il mezzo per rispondere ai comuni bisogni insoddisfatti di assistenza sanitaria e sociale dei cittadini europei, indipendentemente dalla loro origine⁶⁰.

Per quelle parti pubbliche e private che hanno un interesse comune a rispondere ai bisogni condivisi procurando soluzioni innovative e generatrici di valore nell'assistenza sanitaria, la collaborazione transfrontaliera

⁵⁶ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Administrative Cooperation in the Public Contracts and Service Sectors for the Progress of European Integration*, in F. MERLONI, A. PIOGGIA (eds.), *European Democratic Institutions and Administrations*, Giappichelli, Torino, 2018, 265 ss.

⁵⁷ Art. 168, paragrafo 7, TFUE.

⁵⁸ Commissione UE, *Directorate-General for Health and Food Safety, Expert Panel on effective ways of investing in Health (EXPH), Opinion on public procurement in healthcare system*, adopted on 28 April 2021, Publication Office, spec. pag. 14.

⁵⁹ OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, 2023.

⁶⁰ G.M. RACCA, *Principles of joint cross-border public contracts and transnational effects*, in S. DE LA ROSA, P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (eds.), *Les principes des contrats publics en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2022, 555 ss.; R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *European Joint Cross-border Procurement*, in G.M. RACCA, C. YUKINS (eds.), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, cit. 93 ss.

può sostenere tutte le fasi del processo di approvvigionamento pubblico perché divenga più efficiente ed efficace a livello europeo, anche grazie, oggi, alla trasformazione digitale ed alle potenzialità degli spazi di dati comuni sugli appalti pubblici e sulla sanità.

Ciò richiede l'evoluzione dei modelli organizzativi di *joint procurement*, verso piattaforme digitali e interoperabili in grado di aggregare i bisogni dei *Big Buyer* della sanità a fronte di un mercato particolarmente concentrato⁶¹.

Anche la Commissione europea ha chiarito che la corretta gestione degli acquisti nel settore sanitario non può prescindere da una comprensione e conoscenza più accurata del mercato di riferimento anche tramite l'interazione con i fornitori prima del lancio delle procedure di approvvigionamento⁶².

La rapida diffusione delle tecnologie basate sui *Big Data* e dell'Intelligenza Artificiale offre notevoli opportunità per la collaborazione tra gli *stakeholder* pubblici e privati della sanità per l'efficientamento degli acquisti medicali. Si prospetta la possibilità di realizzare avanzate piattaforme digitali volte a consentire un rapido processo di acquisto alle strutture socio sanitarie e in particolar modo, agli ospedali europei, tramite l'approvvigionamento di materiali di consumo e dispositivi medici volto a superare le criticità insite nella limitata standardizzazione dei dati nel mercato di riferimento e alle asimmetrie informative che limitano il potere di acquisto degli acquirenti pubblici rispetto alle organizzazioni nel settore *healthcare*⁶³.

Tale modello pare consentire anche il superamento di talune criticità riscontrate nelle precedenti esperienze di acquisto congiunto, quali la limitata diffusione delle gare a livello transnazionale ed europeo, che

⁶¹ Nel 2023, la Commissione Europea (DG GROW) ha avviato il progetto Big Buyers Working Together (BBWT) per supportare la collaborazione tra gli acquirenti pubblici e promuovere un uso più ampio della contrattazione pubblica strategica per soluzioni innovative e sostenibili. Attualmente è in corso la terza edizione del progetto. Verranno istituite dieci Comunità di Pratica (CoP), di cui due riguardano l'ambito sanitario: "*Healthcare Efficiency*" e "*Healthcare Sustainability*", mentre un terzo gruppo riguarda l'aggregazione della domanda e il ruolo delle centrali di committenza: "*Central Purchasing Bodies (CPB) Network*".

⁶² Commissione UE, *Study on best practices in the public procurement of medicines. Final report*, cit., 136.

⁶³ Un esempio riguarda una piattaforma per l'acquisto congiunto di dispositivi medici, a fronte della rilevata grave inefficienza del mercato europeo, in cui trenta operatori economici coprono oltre la metà del volume dei contratti, il quale, rimanendo frammentato, consente loro di mantenere margini di profitto fino al quaranta per cento. Si veda, in tal senso, il progetto XMED-Q, avviato a partire dal 2021.

orientano gli acquirenti verso i prezzi più alti di un determinato paese non tenendo conto della variazione dei prezzi in tutta Europa (con livelli di variazione dei medesimi prezzi per prodotto che possono variare fino a 10-15 volte). Inoltre, l'impiego di tale modello basato su un procedimento digitalizzato di acquisto permette la consegna del prodotto senza la necessità di magazzini interni.

L'acquisto in forma aggregata consente di negoziare il miglior prezzo europeo per i prodotti che potrebbero essere distribuito agli ospedali e acquirenti interessati tramite piattaforme digitali e supportate da agenti di Intelligenza Artificiale⁶⁴.

Piattaforme pubbliche digitali in grado di aggregare la domanda e costituire punto di raccordo con l'offerta del settore medico e farmaceutico potrebbero inoltre permettere un approccio ciclico consideri l'accesso ad un medicinale o ad un dispositivo medico lungo l'intera catena di approvvigionamento, ed al ciclo di vita comprensivo dello smaltimento, orientando verso criteri di scelta che integrino anche considerazioni ambientali, attentamente monitorate grazie alle piattaforme digitali⁶⁵. Si potrebbero prospettare collaborazioni tra la sanità pubblica e privata per definire strategie comuni nello sviluppo dell'innovazione e per l'ottimizzazione delle risorse a favore del paziente, persona umana. Si potrebbero prospettare raccolte ed analisi dati che rilevino anamnesi e storia delle persone, degli operatori sanitari, consentendo una predizione di bisogno di salute che parta dai più precoci momenti di rilevazione delle patologie (o di predizione) e già immagini e prospetti l'accompagnamento al bisogno di salute, come qualità del servizio per il pieno sviluppo della persona umana e delle sue relazioni. Non una distopica sorveglianza, ma un accompagnamento alla qualità della vita in salute mediante un evoluto servizio sanitario pubblico intelligente⁶⁶.

⁶⁴ WHO, *Ethics and governance of artificial intelligence for health: Guidance on large multi-modal models*, 2025; Garante per la protezione dei dati personali, *Decalogo per la realizzazione di servizi sanitari nazionali attraverso sistemi di Intelligenza Artificiale*, settembre 2023.

⁶⁵ Commissione UE, *Study on best practices in the public procurement of medicines*. Final report, cit., 136. Si v. G. F. FERRARI, *Osservatorio sul Farmaco 2026*, Egea, 2026.

⁶⁶ R. CAVALLO PERIN, *Il contributo italiano alla libertà di scienza nel sistema delle libertà costituzionali*, cit. 606. Si v. C. CASTALDO, *Big Data, Power and Knowledge. Regulatory Aspects of Access to Big Data and the Digital Services Act Package*, in *Ius Publicum*, n. 1/2022.

El nuevo enfoque integral de la salud pública en la Unión Europea. Un apunte en política ambiental y seguridad alimentaria

MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ

SÚMARIO: 1. Objetivo global: Mejor salud pública en la Unión Europea. – 2. Qué competencias tiene la Unión Europea en materia de salud? La respuesta de la UE a través de su Estrategia en Salud Pública de 2022. – 3. La política ambiental: Salud Ambiental. – 4. Política de seguridad alimentaria: resistencia antimicrobiana, obesidad y desperdicios alimentarios. – 4.1. La resistencia a los antimicrobianos (RAM). – 4.2. El problema de la obesidad. 4.3. – El tratamiento del desperdicio de alimentos, alimentos caducados y donación de alimentos. – 5. Conclusión.

1. Objetivo global: Mejor salud pública en la Unión Europea

Uno de los grandes retos de la Unión Europea se centra en la creación de un verdadero espacio europeo de salud pública; con una tendencia progresiva hacia el entendimiento entre los Estados miembros de que la coordinación, la cooperación en la dispensa de las prestaciones sanitarias transfronterizas no es suficiente. A través de distintos instrumentos de política pública se han conseguido logros parciales, con normativas precisas y de obligado cumplimiento para los Estados, pero que, sin embargo, chocan frontalmente con la realidad de su difícil aplicación práctica. Existen determinados obstáculos de suficiente entidad como para frenar o ralentizar esta marcha:

1. - En primer lugar, las nuevas tecnologías, y los retos que conlleva su aplicación en los distintos sectores de actuación pública y, especialmente en el ámbito sanitario. Ello porque la satisfacción del derecho a la protección de la salud a través de instrumentos como la tarjeta sanitaria europea, la historia clínica digital, etc., implica no solo la digitalización del funcionamiento de las entidades, sino porque su desarrollo está condicionado también por el cumplimiento de la política europea de protección de datos personales, teniendo en cuenta, además, que nos encontramos en un ámbito donde los datos son especialmente sensibles. Dos bienes

jurídicos en conflicto: uno de ellos es un derecho fundamental constitucional, el otro está dentro de los llamados «principios rectores de la política social y económica».

En este sentido, el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el Espacio Europeo de Datos Sanitarios ha sido una propuesta con no poco debate y crítica desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la protección de los datos referidos a la salud en beneficio de la industria farmacéutica y de las empresas tecnológicas al poder acceder a los mismos para usos secundarios sin el requerido consentimiento del afectado. Aunque es cierto que, en puridad se produce un serio contraste con la política de protección de datos de la Unión Europea, una política estricta que gira en torno al consentimiento del interesado, que impide el amable desarrollo, en muchos casos, de actividades derivadas del cumplimiento de servicios públicos, como puede ser la sanidad o la educación. Precisamente, para poder abordar la mejora y, no solo eso, sino también la efectividad del derecho de protección de la salud es necesario emprender acciones respetando un justo equilibrio entre los bienes jurídicos en conflicto, pero siempre amparadas por una base legal que encontramos en el propio Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), teniendo en cuenta que, si el consentimiento es importante, en mi opinión, lo es más el control de los usos permitidos que de los datos pueda hacerse y el deber de confidencialidad de los mismos exigido al titular de este derecho de uso. En este sentido, el RGPD permite que el consentimiento dado para la prestación sanitaria pueda extenderse al tratamiento ulterior de los datos personales con fines de investigación científica, no siendo necesario un nuevo consentimiento.

2.- En segundo lugar, nos encontramos todavía con un rechazo a compartir datos, a través de la cesión, gratuita o no, de la historia clínica de un paciente, no solo a otras entidades sanitarias de otro Estado miembro, sino, incluso, entre entidades de gestión sanitaria distintas dentro del mismo Estado, entre Comunidades Autónomas. Dificultades de acceso a la historia clínica..., que, sin razón alguna, eluden esta obligación para atender no ya el derecho del paciente, sino la obligación de la prestación sanitaria transfronteriza. Además, debemos tener en cuenta que supone también una dificultad la organización establecida en cada Estado miembro para la prestación de asistencia sanitaria transfronteriza, el acceso a la historia clínica, qué personal sanitario es competente, o el deber de actualización de datos.

El objetivo del Reglamento Europeo relativo a la gobernanza europea de datos es mejorar las condiciones para el intercambio de datos en el mer-

cado interior, mediante la creación de un marco armonizado para los intercambios de datos y el establecimiento de ciertos requisitos básicos para la gobernanza de datos, prestando especial atención a facilitar la cooperación entre los Estados miembros. Para ello considera esencial adoptar medidas que permitan generar confianza a las empresas y a los ciudadanos para que la reutilización de determinadas categorías de datos protegidos, como son los relativos a la salud, que obren en poder de organismos del sector público tenga lugar respetando sus derechos e intereses; al tiempo que pretende reforzar los mecanismos para aumentar la disponibilidad de datos y superar los obstáculos técnicos de su reutilización.

Destaca la creación del Comité Europeo de Innovación en materia de Datos, en el que se diferencian subgrupos, uno de ellos sobre salud; con la función general de asesorar a la Comisión en el reto de mejorar la interoperabilidad de los servicios de intermediación de datos, y velar por la protección de datos en el sector público.

3.- Junto a estos dos retos, enfocados a la adaptación, comprensión y mejora tecnológica, de una parte, y a la superación del mito nacional y particular en cuanto a la cesión de datos, de otra parte, se une, en tercer lugar, la correcta definición de las competencias en materia de Salud de la propia Unión Europea, teniendo en cuenta la soberanía de los Estados miembros para convenir el modelo de sistema sanitario que consideren oportuno referido al modelo de financiación, la asignación de recursos sanitarios, la cartera de servicios programada, la organización administrativa, etc., si bien, en todo caso, un sistema que responda a los principios generales de universalidad, equidad y calidad asistencial.

En esto nos vamos a centrar a continuación. En el giro de la visión de la Unión Europea en materia de protección del derecho a la salud, y su tratamiento integral a través de instrumentos y medidas adoptadas en el seno de otras políticas públicas distintas a la sanitaria. En concreto, nos referiremos a la política ambiental, la resistencia antimicrobiana y la seguridad alimentaria.

La Unión Europea marca como objetivo principal el tratamiento global para mejorar la salud pública y prevenir enfermedades de los ciudadanos a través de incluir la variable salud en otras políticas públicas, encontrándonos con la necesidad de conjugar coherentemente los intereses de todos los actores que participan en el sector objeto de intervención (empresas, ciudadanos, Estado), y en contextos protegidos por las libertades económicas comunitarias esenciales; intereses políticos, sociales y económicos, cuyo equilibrio no es fácil; el reto es lograr el equilibrio

entre una regulación que tiende a la prevención y minimización de los riesgos para la salud derivados de actividades económicas y el avance de la innovación y la investigación para favorecer la erradicación de enfermedades, con la aplicación del principio de precaución como hilo conductor de la actividad.

2. *¿Qué competencias tiene la Unión Europea en materia de salud? La respuesta de la UE a través de su Estrategia en Salud Pública de 2022*

Sobre la base del artículo 168 del TFUE, referido a la protección de la salud pública, desde la Unión Europea los esfuerzos se centran en el emprendimiento de acciones tendentes a mejorar la salud de los ciudadanos de la UE, o en promover la modernización y digitalización de las infraestructuras y sistemas sanitarias; todo ello en un contexto de libertad a través de la protección y la procura de la libre circulación de los pacientes y de los profesionales sanitarios en el territorio de la Unión Europea.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece en dos artículos, de una parte, el reconocimiento de ese derecho constitucional de protección de la salud, concretado en el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales conforme al Derecho de la UE y las legislaciones nacionales; y, de otra parte, reconoce expresamente el derecho de protección de la salud, entendido como el derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Añade, además, que a través de la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana.

De modo que, los grandes retos de salud pública en la Unión Europea se afrontan a través de la integración de la variable salud en el desarrollo de otras políticas públicas con el fin de alcanzar los objetivos planteados. De esta manera se concibe la «Estrategia mundial de la UE en materia de salud para mejorar la seguridad sanitaria mundial y la salud de todos», de 30 de noviembre de 2022, con el fin de orientar la acción de la UE para garantizar una mejor preparación y respuesta a las amenazas para la salud, en consonancia con los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 referidos a la salud. El enfoque se centra en un lema: «La Salud en todas las políticas» y tiene tres objetivos prioritarios: invertir en el bienestar de todas las personas y alcanzar una cobertura sanitaria universal con

sistemas sanitarios más sólidos, y luchar contra las amenazas para la salud actuales y futuras. El 29 de enero de 2024 el Consejo adoptó sus conclusiones sobre esta Estrategia, reafirmando el rol de liderazgo de la UE y los Estados miembros en la promoción de la salud mundial sobre la base de los principios de solidaridad, equidad, igualdad de género y respeto a los derechos humanos, siendo la salud no solo un derecho humano sino requisito imprescindible para el desarrollo sostenible.

Lo cierto es que, este nuevo enfoque integral de la Estrategia de la UE, al menos invita a la reflexión sobre la correcta definición de las competencias en materia de salud, pues no siendo estas competencias directas, quizás, se está configurando una competencia propia de modo indirecto a través de esa nueva perspectiva de tratamiento de carácter global de la Salud pública y las exigencias encaminadas a ello adoptadas en el ámbito de otras políticas públicas; ello, en definitiva, podemos presumir que afecta a la competencia de los Estados de conformar su propia organización del sistema sanitario nacional.

En cualquier caso, nos encontramos con la necesidad de abordar la protección de la salud de modo integrado teniendo en cuenta los riesgos derivados de otros hechos como el cambio climático, la degradación del medio ambiente o la inseguridad alimentaria.

A continuación, quiero referirme a dos ámbitos concretos de actuación de la UE: la política ambiental y la política de seguridad alimentaria, y la adopción de medidas que tienden a la protección de la salud y prevención de enfermedades.

3. *La política ambiental: Salud Ambiental*

Con respecto a la política ambiental, son bien conocidos los compromisos ambientales adquiridos por los Estados miembro, tanto en el ámbito internacional como en el contexto de la UE. Con una vertiginosa evolución de la regulación ambiental que se extiende a otras áreas de acción pública, destacando el carácter transversal del medio ambiente.

En el marco de la Unión Europea, tales compromisos ambientales se integran en la política europea sobre protección ambiental, cuya competencia encuentra fundamento jurídico en el artículo 4.2.e) TFUE, configurándose como una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, aunque, en la práctica, las competencias nacionales se encuentran muy condicionadas por las políticas ambientales de la UE. La base jurídica

de estas competencias se encuentra en los artículos 11 y 191 a 193 TFUE que legitiman a la Unión Europea para legislar en todos los ámbitos relacionados con la política del medio ambiente, con el límite del principio de subsidiariedad y de la unanimidad del Consejo en algunos aspectos.

Para conseguir estos objetivos la legislación actúa bien con carácter preventivo a través del diseño de herramientas e instrumentos que se aplican a determinadas actividades y proyectos potencialmente lesivos al medio ambiente, y tienen como fin evitar esos daños o minimizar sus efectos. Entre estas técnicas se encuentra la evaluación de impacto ambiental o las evaluaciones estratégicas. Otras normas disciplinan el propio proceso contaminador, exigiendo determinados estándares de calidad considerados razonables; este marco jurídico se completa con el pertinente régimen sancionador ante el incumplimiento y con la aplicación de una de las medidas de mayor trascendencia cual es el deber de restaurar el medio ambiente dañado. Junto a ello, dado que la legislación se proyecta sobre actividades de riesgo, el principio de precaución es el instrumento de gestión del riesgo ante la incertidumbre científica sobre el riesgo potencial para el medio ambiente o la salud humana, de manera que, ante la duda tras la evaluación científica objetiva, puede imponerse la retirada del producto del mercado o de su distribución. Aunque este principio tiene su origen esencialmente en el ámbito de la protección medioambiental, se ha extendido a otros ámbitos tales como la protección de la Salud o la Seguridad alimentaria, siendo la finalidad no solo la protección ambiental, sino también la salud pública.

Este nuevo enfoque de la Unión Europea en materia de salud pública significa que es la variable salud la que debe integrarse en otras políticas públicas, más allá de la protección del medio ambiente en sí mismo, la regulación ambiental debe prever también los riesgos derivados a la salud de determinadas actividades.

La evolución del Derecho de la Unión Europea en medio ambiente ha sido abrumadora, y en los últimos tiempos ha cobrado relevancia el concepto de la salud ambiental y su adecuado tratamiento. Precisamente, esta relación ambiente-salud lleva al concepto de salud ambiental o sanidad ambiental, cuya protección parte del convencimiento de que la protección de la salud no depende exclusivamente de los organismos encargados de la política sanitaria a través de la atención sanitaria; sino que va más allá, puesto que la salud de las personas depende de toda una serie de factores externos al ámbito sanitario, tales como los hábitos de vida, los factores biológicos, o los propios factores o riesgos ambientales.

En este ámbito, se erige en necesidad la adaptación de las políticas europeas de prevención ambiental a los principios de intervención pública de las actividades potencialmente lesivas al medio ambiente, ya que en la actualidad urge un replanteamiento de las instituciones de control y de las herramientas de prevención teniendo en cuenta las variables que deben incluirse en la técnica utilizada por excelencia para la protección ambiental, esto es, la técnica de evaluación de impacto ambiental. Es ahí donde cobra importancia la salud ambiental y su protección a través de la técnica de impacto ambiental. De lo que se trata es de indagar las nuevas posibilidades de la evaluación ambiental como instrumento para afrontar los riesgos para la salud humana derivados de determinadas actividades, advirtiendo una necesidad regulatoria consistente en la integración de los aspectos de salud pública en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental en los planes de salud. Pero, especialmente, incorporar en las evaluaciones de impacto ambiental, la evaluación de impacto en salud, cuando este sea el objetivo principal.

La política ambiental, que en general, gira en torno a tres fines: la preservación del medio ambiente, la garantía del uso sostenible de los recursos naturales y su mantenimiento en las condiciones que permitan la mejor calidad de vida para los seres humanos pensando en las generaciones futuras y el análisis de los riesgos ambientales y su impacto en la salud humana, son necesarias para proteger adecuadamente la salud de las personas.

A partir de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2001/42/CE de 27 de junio sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y la 2014/52/UE de 16 de abril, sobre la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, la inclusión de la salud en los instrumentos de evaluación ambiental es obligada en el contexto de la Unión Europea. Se exige que en las evaluaciones de impacto ambiental se informe sobre los efectos significativos, sean directos o indirectos, así como que se describan los riesgos para la salud humana.

Uno de los fundamentos esenciales de la protección de la salud ambiental es el de integrar la variable salud en las políticas ambientales. En la Unión Europea se han ido adoptando diversos programas para la protección de la salud, aunque no incluían directamente la variable ambiental, que es desde luego condicionante de la salud humana. Así, en la Estrategia de Salud para Europa 2014-2020 ya se planteaba como uno de sus cuatro objetivos específicos el de promover la salud, prevenir las enfermedades y fomentar estilos de vida saludables a través de la salud en todas las políticas.

De manera que deben tenerse en cuenta, además del medio natural, otras condiciones ambientales que derivan directamente de la acción humana y que afectan no solo al medio ambiente, sino también a la salud, lo que da lugar a una serie de problemas con trascendencia política, social y jurídica, derivados de factores tales como el ruido, la contaminación, las ondas electromagnéticas, el cambio climático, o, incluso, actividades tales como la producción de alimentos caducados, su consumo o el desperdicio de alimentos; considerando importante la evaluación de los efectos de la producción de alimentos caducados respecto de la seguridad alimentaria, la evaluación de impacto ambiental de las actividades generadoras de alimentos caducados; tratamiento de residuos en relación con el desperdicio de alimentos; o también de la publicidad de alimentos dirigidos a menores en relación con el riesgo de obesidad.

Cobra relevancia el análisis jurídico de los procedimientos de evaluación ambiental, en tanto que están vinculados a la gestión de los riesgos ambientales y los relativos a la salud humana, con el fin de determinar cómo se adoptan las decisiones con relación a los riesgos. Pero en muchos casos en los que el fin prioritario es la protección de la salud y no específicamente del medio ambiente, es necesaria la técnica de la evaluación de impacto en salud (EIS) de determinados planes o actividades que no están vinculados al sector sanitario y que puede ir paralela a la evaluación de impacto ambiental.

Son muchas las actividades que inciden en el medio ambiente y sobre las cuáles se ha establecido desde la Unión Europea normativas generales y específicas tendentes a la protección del ambiente, exigiendo controles y actuaciones previas. Así, tienen una especial incidencia en la salud humana la contaminación atmosférica, la contaminación biológica y química del agua y de los alimentos; los alimentos modificados genéticamente; los denominados compuestos tóxicos persistentes en el medio ambiente; el ruido y las ondas electromagnéticas o también el cambio climático del que se deriva ciertos efectos en la salud. La Estrategia europea pretende ese enfoque global que aborde todos los vínculos existentes entre el medio ambiente, la sanidad animal o vegetal y la salud humana.

Con respecto a la técnica de la evaluación de impacto en salud de determinados planes, programas o actividades, no vinculados a los sectores sanitarios, quisiera hacer una sola consideración. Se trata de una técnica que a pesar de estar prevista desde hace tiempo en nuestro Derecho, desde la Ley 33/2011 General de Salud Pública, concebida como una actuación de Salud Pública, de carácter sectorial y transversal, que

consiste en una combinación de procedimientos, métodos y herramientas por los que una política, plan, programa o proyecto puede ser evaluado en función de sus potenciales efectos sobre la salud de una población; sin embargo, no ha tenido un desarrollo real y de aplicación práctica efectiva. Quienes han estudiado esta técnica indican que uno de los obstáculos se encuentra, entre otros factores, en la falta de homogeneización de los métodos y herramientas para realizar la EIS, pero también, en el momento concreto en el que debe realizarse dentro del proceso de planificación y realización de una determinada política, programa o proyecto; además, existen otros mecanismos, como hemos indicado anteriormente (evaluación ambiental, estratégica,...) que pueden incidir en el análisis de la variable salud.

4. *Política de seguridad alimentaria: resistencia antimicrobiana, obesidad y desperdicios alimentarios*

Con respecto a la política de seguridad alimentaria, se trata de una de las políticas esenciales de los Estados a través de la cual se abordan los controles sanitarios y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios. Aunque la protección de la salud es siempre prioritaria, la producción y el consumo de alimentos tiene repercusiones ambientales, económicas y sociales que deben ser tenidas en cuenta en el desarrollo de la política alimentaria: estado y calidad del medio ambiente.

Con carácter general, en el contexto de la Unión Europea el Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria estableció las líneas regulatorias de la seguridad alimentaria en los Estados miembros, fundamentadas en normas rigurosas que sirvan para proteger y fomentar la salud de los consumidores y, aunque la protección de la salud es siempre prioritaria, la producción y el consumo de alimentos tienen repercusiones económicas, sociales y también medioambientales, que deben ser tenidas en cuenta en el desarrollo de la política alimentaria. Especialmente, el estado y calidad del medio ambiente puede afectar a distintos eslabones de la cadena alimentaria, de modo que la política medioambiental tiene una función importante a los efectos de garantizar alimentos sanos. Además, entre los principios que dispone, el análisis del riesgo se considera la base de la política de seguridad alimentaria con sus tres componentes referidos a: la determinación del riesgo, la gestión del riesgo y el proceso de comuni-

cación, contemplándose la aplicación del principio de precaución ante la incerteza científica.

El bloque normativo básico sobre legislación alimentaria en la Unión Europea lo constituye el Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria; y otros Reglamentos que lo complementan en materia de higiene y control oficial que viene a establecer la regulación básica que en esta materia es de aplicación a todas las etapas de la cadena alimentaria y en particular a las de origen animal.

Son varios los riesgos que pueden afectar a la salud de la población en relación con la seguridad alimentaria. Entre ellos, me referiré a algunos aspectos de interés:

4.1. La resistencia a los antimicrobianos (RAM)

Con carácter general, la contaminación de los alimentos afecta o puede afectar en mayor o menor medida a la calidad de los mismos y generar enfermedades, además de los problemas que afectan al consumo de agua, sea una contaminación química o contaminación microbiológica. Así también, derivada de los riesgos que puedan asociarse a los alimentos modificados genéticamente o los denominados compuestos tóxicos persistentes, que son las sustancias ajenas al organismo que persisten durante mucho tiempo en el medio ambiente, se acumulan en los tejidos biológicos y producen efectos perjudiciales en la salud. Existe un cuerpo normativo en la Unión Europea entre Reglamentos y Recomendaciones que establece medidas relativas a la presencia de contaminantes en los alimentos. La técnica de la evaluación de impacto ambiental y el análisis de los impactos a la salud son imprescindibles. Junto a ello una adecuada información, bien detallada, de los componentes de cada alimento dirigida especialmente al consumidor.

Junto a otros grandes retos de la Unión Europea (la lucha contra el cáncer o la estrategia farmacéutica europea) la resistencia a los antimicrobianos se considera un «asesino silencioso» que debe ser vencido. La resistencia antimicrobiana significa que los microbios y bacterias se vuelven resistentes a un medicamento, un hecho que se está incrementando en la actualidad propiciado por el alto consumo de medicamentos y antibióticos. Según la OMS la RAM es una de las diez principales

amenazas para la salud pública a la que se enfrenta la Humanidad y el principal factor para la aparición de patógenos farmacorresistentes es el uso indebido y excesivo de los antimicrobianos. A ello contribuye hechos que deben combatirse como la falta de agua limpia y saneamiento, la prevención y control inadecuados de infecciones que fomenta la propagación de microbios. Aclara también que los antimicrobianos, en particular los antibióticos, los antivíricos, los antifúngicos y los antiparasitarios, son medicamentos que se utilizan para prevenir y tratar infecciones en los seres humanos, los animales y las plantas. De modo que, las acciones que desde la UE se adopten enfocadas a la protección de la salud, deben contemplar también la sanidad animal y vegetal, especialmente con relación a la seguridad alimentaria.

El problema no es solo la consecuencia, esto es, el número elevado de muertes anuales en la UE, sino el coste que para el sistema sanitario se produce derivado de la duración de las enfermedades y la estancia hospitalaria o la necesidad de consumo de otros medicamentos más costosos. La resistencia a los antimicrobianos se contempla como una amenaza transfronteriza grave para la salud y requiere una actuación desde la UE y, como sabemos, la UE no tiene competencias directas en materia de Salud, pero sí tiene capacidad de actuación en aspectos de seguridad alimentaria, veterinaria o investigación enfocadas a combatir la resistencia antimicrobiana.

Según el Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo de 2019 *Actuación contra la resistencia a los antimicrobianos: Pese a los avances en el sector animal, esta amenaza sanitaria sigue siendo un reto para la UE*, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) La lucha contra la resistencia antimicrobiana es compleja.
- b) Deben adoptarse medidas enfocadas a este objetivo en materia de seguridad alimentaria y veterinaria y fomentar el uso prudente de antimicrobianos, y medidas en la política agraria común. Teniendo en cuenta que los antimicrobianos utilizados para tratar enfermedades pueden transmitirse entre animales y seres humanos.
- c) Debe incentivarse el mercado de los antimicrobianos para desarrollar nuevos tratamientos. La investigación es larga, incierta y costosa, y, por aplicación del principio de precaución, todo nuevo medicamento deberá utilizarse con prudencia para mantener su eficacia.
- d) Y especialmente, debe generarse una conciencia social al nivel de la que se tiene con respecto al medio ambiente y la lucha contra el cambio climático.

Dentro del nuevo enfoque de la Salud Pública emprendido por la UE, en respuesta a esta amenaza, la Recomendación del Consejo sobre la intensificación de las acciones de la UE para luchar contra la resistencia a los antimicrobianos en un enfoque «Una sola salud», de 13 de junio de 2023, destaca datos tan asombrosos como los siguientes:

a) El impacto de la RAM en la salud es comparable al de la gripe, la tuberculosis y el VIH/SIDA juntos.

b) Aumento significativo y creciente en el número de infecciones y muertes atribuibles a casi todas las combinaciones de resistencia bacteriana o resistencia a los antibióticos, especialmente en entornos sanitarios.

c) 70 por 100 de los casos de infecciones por bacterias resistentes a los antibióticos fueron infecciones relacionadas con la asistencia sanitaria.

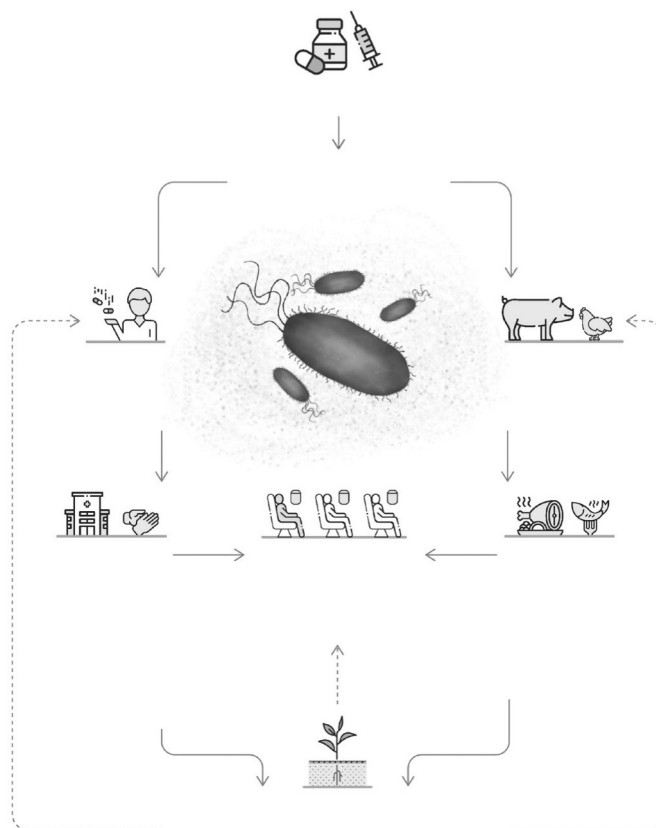
Se advierte, además, que la RAM también constituye una amenaza para la inocuidad de los alimentos y la seguridad alimentaria, ya que repercute en la salud animal y los sistemas de producción. Y que, además, es necesaria una vigilancia integrada de las constataciones relativas a microorganismos resistentes a los medicamentos en seres humanos, animales, plantas, alimentos, aguas residuales y el medio ambiente, con el fin de detectar rápidamente y prevenir los brotes y hacer frente a la RAM en todos los sectores.

No deja de ser una recomendación a los Estados miembros para el tratamiento de un grave problema de salud global, que afecta a la asistencia transfronteriza, y que involucra no solo a la política sanitaria, alcanza a la política de seguridad alimentaria, fitosanitaria, agrícola, la política ambiental, cuando menos. La eficacia de las medidas nacionales que se adopten no solo dependerá de la buena voluntad de los Estados para llevarlas a cabo, sino del cómo y hasta dónde llegaran tales medidas; ello requiere pautas de acción comunes y coordinadas.

Junto a ello, debemos destacar y plantear la necesidad de incentivar el mercado de los antimicrobianos para desarrollar nuevos tratamientos; el impulso comercial para la investigación de nuevos fármacos, cuando nos encontramos en un ámbito de incertidumbre científica que está presidido por el principio de precaución. La investigación es larga, incierta y costosa, y todo nuevo medicamento deberá utilizarse con prudencia para mantener su eficacia. Tratándose de riesgos o potenciales impactos en la salud de la población, tiene una importancia clave la aplicación de este principio, cuyo concepto, derivado de su aplicación a los daños al medio ambiente, es perfectamente trasladable al ámbito específico de la salud, de manera que ante un peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces,

en función de los costos, para impedir la degradación de la salud de la población. Además, en la sociedad actual, en la que los riesgos derivan del progreso, los avances técnicos y nuevas tecnologías, cuya aplicación puede dar resultados no esperados precisamente por la incerteza científica en cuanto a su percepción, es esencial la percepción del riesgo. En este sentido, el Derecho, las reglas jurídicas, son las que determinan el concepto de percepción del riesgo, el cómo, el cuándo y el dónde, que influirá en la toma de decisiones. En todo caso, debe articularse por el juego de los principios generales del Derecho, entre los que cobra especial relevancia el principio de proporcionalidad.

¿Cómo incentivar la investigación cuando el costo que pueda tener un nuevo medicamento puede alcanzar la cifra de más un millón de euros y el tiempo, la prudencia en su aplicación, y el seguimiento de la misma es de una muy larga duración?



* Fuente: Tribunal de Cuentas Europeo a partir del ECDC, CCPE. <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/amr-18-2019/es/>

4.2. El problema de la obesidad

La obesidad y la obesidad infantil, es un problema que preocupa a los Estados también en el ámbito internacional. La obesidad es una enfermedad y deben adoptarse medidas eficaces de prevención, lo que, además, reducirá el gasto sanitario. Entre estas medidas, puede ser eficaz el uso de la Evaluación de Impacto en Salud de determinadas actividades, tales como la publicidad de alimentos dirigida a menores. Además de una adecuada información de la composición de los alimentos y la presencia de contaminantes dentro de los márgenes legales.

Teniendo en cuenta, pues, esa perspectiva transversal de la protección de la salud pública en todos los sectores se ha generado un corpus normativo en el ámbito audiovisual y publicitario con el fin de promover hábitos de vida saludables entre el conjunto de la sociedad y, en particular los menores de edad, a quienes el Ordenamiento Jurídico les otorga una especial protección, más aún en el contexto de la llamada Sociedad Digital.

En este sentido, los prestadores de comunicación audiovisual tienen un papel relevante en la tarea de disminuir la prevalencia de la obesidad y sobrepeso infantil ejerciendo un papel constructivo y proactivo para mejorar la comunicación sobre hábitos y dietas saludables. En el ámbito de la publicidad, la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 13/2022, de 7 de julio) establece limitaciones en las comunicaciones comerciales referidas a la publicidad del tabaco, bebidas alcohólicas con una graduación superior a 20 grados o medicamentos que requieran receta médica.

Debe, pues, actuar desde la óptica de la prevención, sobre los determinantes de salud y, especialmente, incidir sobre el estilo de vida, donde juega un papel clave la alimentación.

El sector de la publicidad es uno de los ámbitos en los que el fomento de la autorregulación está más desarrollado; en el campo que nos ocupa disponemos del Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (PAOS), en línea con los postulados de la Estrategia NAOS, puesta en marcha desde el Ministerio de Sanidad, a través de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN). Pero, cabe preguntarse hasta qué punto son efectivos estos códigos de autorregulación y si la autorregulación es el cauce correcto para regular aspectos tan cruciales para la salud de la población.

4.3. El tratamiento del desperdicio de alimentos, alimentos caducados y donación de alimentos

Finalmente, el tercer problema en el que quiero poner atención en el ámbito de esta política alimentaria, que afecta a la salud por lo que requiere la adopción de medidas enfocadas a la prevención de riesgos, es el tratamiento de los desperdicios de alimentos y alimentos caducados; se trata de un problema actual que requiere de una respuesta inmediata: El objetivo principal es reducir la generación de residuos alimentarios y un adecuado tratamiento de la donación de alimentos y consumo de alimentos caducados, diferenciando con claridad los términos de fecha de consumo preferente y fecha de caducidad.

La generación de residuos alimentarios se produce en toda la cadena alimentaria, desde la producción, pasando por la transformación hasta la venta y el consumo. En el ámbito de la Unión Europea no existe un mismo concepto legal de residuo alimentario o de desperdicio alimentario. En este sentido, se acoge la definición utilizada por la Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, conforme a la cual las pérdidas de alimentos se refieren a la «reducción de alimentos en cantidad y calidad» y la parte de las pérdidas de alimentos llamada «desperdicio de alimentos» se refiere al desecho o uso alternativo (no alimentario) de alimentos seguros y nutritivos para el consumo humano a lo largo de toda la cadena de suministro alimentario, desde la producción primaria hasta el consumidor final. La reducción del despilfarro de alimentos y la necesidad de establecer una jerarquía que haga prevalecer la utilización frente al desperdicio, constituye uno de los propósitos clave del Comité de Seguridad Alimentaria Mundial; es uno de los objetivos del Desarrollo Sostenible, a través del cual se permitirá lograr una verdadera seguridad alimentaria.

Dos consideraciones previas: la primera que la protección de la salud humana depende de una adecuada gestión de los residuos y la segunda, que la Comisión Europea ha integrado la prevención del desperdicio de alimentos en el paquete de economía circular para estimular la transición de Europa hacia una economía circular.

En efecto, es uno de los cometidos de la Unión Europea el tratamiento de un problema que ha adquirido una notable relevancia política, social y económica, junto a las repercusiones medioambientales que conlleva. La Comisión Europea se ha centrado en este asunto y ha integrado la prevención del desperdicio de alimentos en el paquete de economía circular de la

Comisión para estimular la transición de Europa hacia una economía circular; la Legislación de residuos de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2018, requiere a los Estados miembros que adopten las medidas para reducir el desperdicio de alimentos en cada etapa de la cadena de suministro de alimentos, monitorear los niveles de desperdicios de alimentos e informar sobre el progreso realizado. La calidad del medio ambiente y la protección de la salud humana, objetivos del desarrollo sostenible, dependen de una adecuada gestión de los residuos. Debe mencionarse también que en 2016 el Tribunal de Cuentas Europeo elaboró el Informe especial sobre «La lucha contra el despilfarro de alimentos: una oportunidad para la UE de hacer más eficiente el empleo de recursos en la cadena de suministro alimentario».

En el contexto de este artículo, interesa poner de relieve que esta lucha contra el despilfarro de alimentos involucra a las diversas políticas de la Unión Europea, aún cuando el despilfarro de alimentos no sea un objetivo propio de las mismas. Sin embargo, es necesaria la integración de todas ellas a la hora de adoptar medidas eficaces que tiendan a la prevención del despilfarro o a facilitar la donación de alimentos, como se señala en el Informe. En este sentido, cobra relevancia el recurso a las técnicas de evaluación de impacto ambiental o de salud, de las políticas, planes o programas referidos al tratamiento de los desperdicios alimentarios (desechos), en tanto en cuanto susceptibles de generar impactos nocivos en el medio ambiente y en la salud humana (por contaminación en el proceso de la cadena alimentaria); o bien, en cuanto al uso alternativo de alimentos (uso no alimentario). La prevención y la reducción de residuos alimentarios es el gran reto para los Estados miembros; por otra parte, es un objetivo en consonancia con la Agenda de Desarrollo Sostenible para 2030, adoptada por la asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para conseguir una reducción de los residuos alimentarios a escala de la Unión Europea del cincuenta por ciento para 2030.

Es muy llamativo un hecho cierto que genera auténtica alerta referido en un estudio realizado por la Comisión Europea en 2018, y en el que se muestra de forma estimada que de los 88 millones de toneladas de residuos de alimentos que se generan anualmente en la Unión Europea, el diez por ciento está vinculado a la fecha de caducidad. Por ello, otro de los frentes que debe abordarse, en aras de la mejora de la calidad del medio ambiente y de la salud humana, es el del marcado de fecha de los alimentos. Hay que resolver cuestiones esenciales tales como la elección del marcado de la fecha, el ajuste de la fecha de caducidad; información del etiquetado del producto en cuan-

to al almacenamiento e instrucciones de duración; la legibilidad y diseño del marcado de la fecha; etc. En este estudio se constata que se puede evitar el desperdicio de alimentos si se adoptan medidas homogéneas en cuanto a las condiciones del etiquetado del producto, la información contenida clara y fácil de entender para el consumidor, el adecuado marcado de la fecha.

En relación con lo anteriormente expuesto, es interesante resaltar también la relación que puede existir entre la generación excedentaria de los alimentos, convertidos en residuos, desde la perspectiva del cambio climático. La generación de gases de efecto invernadero por una producción excedentaria unida a la derivada del posterior tratamiento de este residuo conlleva un incumplimiento de todos los objetivos de la Legislación europea destinada a satisfacer los objetivos del horizonte 2030.

En España, se está tramitando un Proyecto de Ley sobre la prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario en respuesta a los ODS-2030. En concreto los contenidos en la meta 3: reducir a la mitad el desperdicio de alimentos por habitante correspondiente a los niveles de la venta al por menor y el consumidor y reducir la pérdida de alimentos a lo largo de las cadenas de producción y suministro. Se señala, además, en la exposición de motivos que este objetivo está vinculado también a otros como el ODS 2 «Hambre cero», el ODS 11 «Ciudades y comunidades sostenibles» o el ODS 13 «Acciones para el clima», así como los 14 y 15 (relativos a la vida submarina y de los ecosistemas) y conforma un elemento transversal a la actuación internacional en la materia.

Se establecen unos principios rectores que deben guiar las actividades destinadas a prevenir y reducir las pérdidas y el desperdicio alimentario para todos los agentes de la cadena alimentaria, y una jerarquía de prioridades de los agentes en la cadena alimentaria, siendo la primera prioridad la donación de alimentos y otros tipos de redistribución para consumo humano; seguida de la transformación del producto no vendido pero apto para el consumo en otro producto alternativo; la alimentación animal fabricación de piensos; uso en otra industria; y, finalmente, ya como residuos, al reciclado y, en particular, a la obtención de compost y digerido de máxima calidad para su uso en los suelos con el objetivo de producir un beneficio a los mismos, y, cuando no sea posible lo anterior, para la valorización energética mediante la obtención de biogás o de combustibles. Ello teniendo en cuenta la legislación aplicable en materia de residuos y suelos contaminados Ley 22/2011, de 28 de julio y la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, y otra normativa de residuos o sanitaria que sea de aplicación.

Por supuesto, se añade una cláusula final que permite no aplicar la jerarquía justificado en razones de factibilidad técnica, viabilidad económica o protección del medio ambiente, entre otros; una cláusula abierta que quizás en no pocas ocasiones permita superar la obligación de todos los agentes de la cadena alimentaria de aplicar a las pérdidas y el desperdicio alimentario la jerarquía de prioridades establecida en la Ley.

En todo caso, las actuaciones y limitaciones sanitarias en este ámbito deben estar amparadas en una razón de interés general, aplicando el principio de proporcionalidad, y utilizando las medidas que menos perjudiquen, sin menoscabo de la salud, el normal ejercicio de la libertad de empresa.

Hemos de prestar una especial atención a un problema que ha entrado recientemente en el debate político, como es la donación de alimentos, en particular de productos frescos o perecederos, por parte de las empresas y ahora limitada por los riesgos de responsabilidad civil (higiene alimentaria, fecha de duración mínima o fiscalidad).

El objetivo es incentivar la donación de alimentos a través de mecanismos que permitan reducir esos riesgos, tanto en el ámbito público como privado y reducir el despilfarro; y en este sentido se torna viable la aplicación de la evaluación de impacto en salud enfocada a tal fin, a la que nos referimos al principio, previa depuración de la metodología y los déficits de que adolece, so pena de convertirse en una técnica de presunción de conformidad destinada a salvaguardar los riesgos de responsabilidad civil, más que los riesgos para la salud derivados de la donación de alimentos.

5. *Conclusión*

El reto de la Salud Pública desde la perspectiva de este enfoque integral y transversal, a través del fomento y adopción de medidas en otras políticas públicas tendentes a la protección de la salud y la prevención de enfermedades, como las que hemos expuesto (política ambiental, política alimentaria, publicidad y medios) podrán contribuir a mejorar los índices de salud de la población y, en consecuencia, a reducir el elevado gasto sanitario y farmacéutico al que se enfrenta la Administración sanitaria.

La lucha contra la enfermedad no debe abordarse tan sólo desde el ámbito de la medicina asistencial. Los hábitos de vida y, entre éstos, la alimentación, constituyen una de las causas principales de la enfermedad. En lo que respecta al uso y abuso de los medicamentos y al reto de la RAM, dentro de la Unión Europea se ha tendido a la reducción sistemática de

los riesgos asociados a este singular producto. La preocupación social y política actual se centra en aspectos tales como el uso de la biotecnología, la seguridad alimentaria, la manipulación genética, la producción de nuevos alimentos de diseño, los efectos para la salud de las ondas electromagnéticas, la contaminación genética o la protección de la diversidad biológica han suscitado la preocupación social en los últimos años ante la amenaza de riesgos inciertos e incalculables, como también la amenaza que supone la RAM. Todos ellos son productos que orbitan en la sociedad del riesgo y de la innovación y su comercialización está condicionada al control administrativo, como es el caso de los medicamentos y algunos alimentos. Existe una presunción de riesgo de los medicamentos y de ciertos alimentos, constituyen un riesgo para la salud, salvo que se demuestre lo contrario.

El marco jurídico pretende mejorar la transparencia y la comunicación sobre la seguridad de los medicamentos e incrementar la participación y confianza de los pacientes en el sistema sanitario o la colaboración ciudadana en la notificación de sospechas de reacciones adversas a los medicamentos. Ahora es momento de generar confianza en el uso moderado de medicamentos e informar sobre la amenaza que supone para la salud pública la RAM, que también constituye una amenaza para la inocuidad de los alimentos y la seguridad alimentaria, ya que repercute en la salud animal y los sistemas de producción. Así también, en el ámbito del consumo de alimentos, el tratamiento de los desperdicios alimentarios o la donación de alimentos, con una regulación que tenderá a priorizar las obligaciones de los agentes en la cadena alimentaria para reducir el despilfarro de alimentos y el tratamiento de los residuos alimentarios, poniendo en primer lugar la donación de alimentos. La técnica de la Evaluación de Impacto en Salud puede ser un instrumento útil que permita adoptar la medida más oportuna con garantía de cubrir el riesgo para la salud.

Por otra parte, estas prohibiciones y limitaciones establecidas en las normas con el fin de prevenir o minimizar los riesgos que para la salud tienen determinadas actividades, inciden de lleno en el ejercicio de la libertad de empresa y de la libertad de mercado; tanto si nos referimos a los alimentos como a los medicamentos, son limitaciones que afectan a las ventas de estos productos que tenderán a encarecer su precio con una consecuente repercusión del mayor coste al consumidor final. Por ello es inexcusable el incentivo empresarial, el fomento e impulso de la investigación en la fabricación de nuevos productos, nuevos tratamientos enfocados a la prevención y erradicación de las enfermedades. Sin innovación, sin investigación, sin incentivo comercial, no hay crecimiento ni prosperidad.

SECONDA SESSIONE / SEGUNDA SESIÓN

I Controlli e la Collaborazione tra Istituzioni Controles y Colaboración entre Instituciones

PRESIEDE/PRESIDE

GIUSEPPE MORBIDELLI

Ringrazio anzitutto Gabriella Racca e Roberto Cavallo Perin per avermi invitato ad introdurre la sessione del 24° convegno Italo Spagnolo dedicata ai temi della collaborazione e dei controlli tra istituzioni. È vero – e io aggiungo purtroppo – che, come ha ricordato l'amico e collega Thomás Font i Llovet, sono un veterano dei convegni italo spagnoli di diritto amministrativo. Forse, ma sul punto attendo la conferma attraverso la pubblicazione di una ricerca storico-filologica proposta e impostata da Fabio Roversi Monaco e curata con estrema acribia e passione da Giuseppe Piperata avente ad oggetto la *historia* delle nostre iniziative e con esse della nostra piccola comunità, credo di essere all'attualità quello tra i giuristi italiani che ha tenuto più relazioni e presidenze varie.

Si pensi solo che il mio debutto risale al 1975, convegno tenutosi a Malaga e Marbella, dove su indicazione di Enzo Capaccioli predisposi una relazione sui vincoli forestali. Il che invero, davanti alla playa di Marbella, fu anche non poco surreale, ma soprattutto fu un battesimo di fuoco sotto il, scusate la ripetizione, fuoco incrociato degli sguardi attenti e soprattutto severi di G. Miele, M.S. Giannini, M. Nigro. Ma, a parte il dato statistico, il mio rapporto con gli amici spagnoli è davvero sentito e profondo, per di più rafforzato dalla frequente presenza come componente o presidente di Commissioni di dottorato presso il collegio di Spagna di Via Saragozza, che mi ha fatto conoscere ed apprezzare non pochi studiosi delle nuove leve della dottrina iberica.

Molto meno grato sono invece per il tema che, per usare un termine in uso presso gli avvocati, è a dir poco scivoloso. E per di più le colleghe Paola Caputi Iambrenghi, Marina d'Orsogna, Loredana Giani, hanno predisposto dei testi molto elaborati e sapienti che mi hanno cortesemente trasmesso ieri sera. Il che se da un lato mi facilita nell'introdurre i lavori e nella sintesi, dall'altro mi convince ancor più di come sia impreparato su una tematica così difficile ed irta.

Mi limito quindi solo a talune riflessioni, che in gran parte sono rappresentati dalla *traditio*, ultra semplificata e come tale necessariamente non certo cartesiana, di letture e di insegnamenti di Maestri.

In linea generale potrebbe essere affermato che la collaborazione non è di per sé un istituto, ma un *modus agendi* che per lo stesso art. 97 della Costituzione dovrebbe informare qualunque attività della pubblica amministrazione, quando la natura delle cose, o meglio la forza delle cose, impone una sinergia con altre amministrazioni: uso il termine sinergia, che non appartiene al cielo stellato dei concetti giuridici, bensì come mero contenitore di accordi, conferenze, protocolli, concerti, intese, ecc. Tanto vero che il Maestro di tutti noi, ovvero Massimo Severo Giannini, testualmente nel suo *“Diritto amministrativo”* scriveva che la collaborazione non ha una fisionomia giuridica, ed anzi in un intervento al Convegno di Varenna dei tempi d’oro (si era nel 1959) dedicato proprio a *“Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali”* affermava che *“non sono riuscito a trovare né nella scienza del diritto né nella scienza dell’amministrazione un concetto di collaborazione”*, e nel contempo andava a precisare che la collaborazione *“è un risultato, non una formula o figura organizzatoria o un rapporto”*, la quale semmai può *“derivare da tante fattispecie giuridiche estremamente variate”*. E tra queste ultime, sempre secondo Giannini, si segnalano soprattutto le figure organizzative del coordinamento e della vigilanza.

Inutile dire che sia coordinamento che vigilanza sono termini polise-mici. Il coordinamento è una formula organizzatoria volta a ridurre ad unità o comunque ad armonia un complesso di interessi talvolta attribuiti alla cura di amministrazioni diverse, talvolta da valutare direttamente dalla stessa amministrazione procedente. Il coordinamento tra l’altro è spesso imbricato con l’attività di direzione come già emerge dall’art. 95 comma 1, Cost. Tematica – mi preme ricordare – che è stata oggetto di uno studio tuttora fondamentale del nostro Presidente Fabio Roversi Monaco (nella sua monografia sugli enti di gestione). A sua volta la direzione è imbricata con la vigilanza, in tal maniera rendendo esponenziali le difficoltà interpretative, a partire dalla espressione tipica dell’indirizzo cioè la direttiva che, come ha scritto Fabio Merusi, *“non corrisponde ad una categoria dogmaticamente decantata”*. Ed infatti si disquisisce se la direttiva debba dettare solo principi, metodi ed obiettivi o assumere anche carattere dettagliato e puntuale e dunque direttamente prescrittivo, come pure si discute se abbia efficacia vincolante o se è derogabile previa adeguata motivazione, o se deve riguardare i singoli atti oppure solo il complesso dell’attività del destinatario, né mancano tesi intermedie. Anche se, invero, tutte queste valutazioni non possono prescindere dal diritto positivo ed alla specifica tipologia di rapporto che lega l’autore

della direttiva con il destinatario. Ancora più complesso, se possibile, è il tema contiguo e intrecciato della vigilanza, sia per le varie forme che questa può assumere (regolamentare, ispettiva, informativa, ecc.) e sia per la individuazione dei fasci di misure adottabili, anch'esse dipendenti dal diritto positivo ma anche dai principi generali.

Ad ogni modo il dato centrale è rappresentato dalla perdita di attualità della tesi di Giannini, il che conferma la perdurante validità del famoso detto di Von Kirchmann, (ovviamente il mio appello a Von Kirchmann va preso *cum grano salis*, e cioè non nella sua assolutezza perché comunque principi, categorie e tutto il tessuto connettivo ordinamentale rimangono, nel senso che non sono di necessità scalfiti dallo *ius superveniens*). Difatti è incontestabile che la collaborazione ha nel tempo assunto una propria configurazione giuridica. All'origine di questa giuridicizzazione sta, a mio avviso, la dottrina, ovvero uno scritto giustamente famoso del 1970 di Sergio Bartole, intitolato "Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regione", mutuato in gran parte dall'esperienza statunitense, nel quale vengono messi in luce tutta una serie di rapporti di finanziamento, di interrelazione, di ausilio, di consultazione, ecc. tra Stato federale e Stati membri, espressioni del c.d. *cooperative federalism*.

Bartole giunge ad individuare il principio della leale collaborazione attraverso un filologico percorso che va da un esame minuzioso sia degli Statuti delle Regioni autonome sia della normativa, soprattutto quella di pianificazione (all'epoca pervasiva come è agevole rilevare ove si consulti il classico "*Pianificazione e costituzione*" di Alberto Predieri), alle dinamiche espresse e inesprese della funzione di indirizzo e coordinamento introdotta dalla legge finanziaria regionale 281/1970, sino a tutta una serie di segmenti normativi. Fattori questi che contribuiscono a far emergere il principio della leale collaborazione.

La tesi di Bartole è stata poi ripresa dalla Corte Costituzionale in numerosissime sentenze relative ai rapporti tra Stato e Regioni, fino a che ha ricevuto espresso riconoscimento nell'art 120, comma 2, Cost. così come introdotto a seguito della riforma del Titolo V, che ha appunto costituzionalizzato il principio di leale collaborazione.

Ma che significa leale collaborazione? Ricordo benissimo che Paolo Barile sosteneva la ridondanza dell'aggettivo perché la collaborazione non può che essere leale, e se non è tale siamo di fronte ad un comportamento in mala fede. Ed in effetti leale sta soprattutto a significare effettiva e non una *fictio*. Del resto la Corte Costituzionale ha elaborato e costruito la nozione di leale collaborazione come collaborazione proce-

dimentale, nel senso che non raggiunge la dimensione della intesa “forte”, la quale sostanzialmente è un accordo e dunque una collaborazione ai massimi livelli, o meglio, è il risultato di una collaborazione fruttuosa, ma si estrinseca attraverso la c.d. intesa “debole”. In realtà anche questo sintagma è perlomeno singolare perché l’intesa o c’è o non c’è. Ed invero con il termine “intesa debole” si intende esprimere una collaborazione e un contraddittorio procedimentale, nel senso che lo Stato deve ascoltare il parere della Regione o della Conferenza Stato-Regione, valutare il punto di vista regionale e, in caso di *dissenting*, motivare adeguatamente, perché poi ci deve pur essere un meccanismo idoneo a superare la situazione di *empasse* attesa la naturale esigenza di decidere.

Fatto è che anche al di là del livello costituzionale la legislazione più recente è come dire infarcita di richiami alla collaborazione ben al di là dei rapporti Stato-Regioni laddove vi siano – per usare le parole della Corte Costituzionale – “intrecci competenziali”: ad esempio il termine ricorre sovente con riguardo ai rapporti tra le varie Autorità indipendenti che spesso hanno competenze tra di loro “frammischiate” (per riprendere il termine impiegato da Cesare Beccaria nel suo notissimo *incipit* a *Delitti delle pene* per descrivere la normativa caotica dell’epoca). Ma anche tra Autorità e Ministeri sono frequenti le disposizioni che impongono cooperazione e collaborazione reciproca (v. ad esempio art. 14 d.lgs. 4.9.2024 n. 138).

Paradigmatica altresì è la nota quanto discussa e discutibile legge sul *golden power*, la quale nell’art. 2 *bis*, intitolato proprio “collaborazione delle autorità amministrative di settore”, mette a fattore comune la Consob, la Commissione di Vigilanza dei fondi pensioni, l’autorità di regolazione per l’energia e via discorrendo, al fine di agevolare l’esercizio delle funzioni previste da tale legge. In altri termini il valutare se esiste o meno il pericolo di minaccia alla sicurezza, e in genere all’interesse nazionale è un compito di questo sinedrio di autorevoli soggetti che operano in collaborazione sia sotto il profilo procedimentale sia sotto il profilo delle finalità. In realtà, così come nella leale collaborazione Stato-Regione, la collaborazione esprime anzitutto una regola istruttoria la quale impone una partecipazione attiva delle varie amministrazioni interessate e una determinazione finale che tenga conto dell’apporto conoscitivo e valutativo di tutti tali soggetti. Ma può anche esprimersi in strumenti organizzativi quali la conferenza di servizi o altri modelli di organizzazione condivisa (v. ad esempio art. 6 d.lgs. 36/2023, Codice dei contratti pubblici). Non solo. La leale collaborazione, definita leale cooperazione (ma il significato è assolutamente identico), è riconosciuta e largamente

diffusa all'interno dell'ordinamento europeo come consustanziale in organizzazione complessa che definirei prefederale. Codificata nell'art. 13 comma 2, TUE la cooperazione ha numerose applicazioni ad esempio in tema di coamministrazione o di procedimenti complessi.

Il che dimostra l'esigenza di una ricostruzione sistematica di tutte le variegate espressioni del principio di leale collaborazione. Il quale, se da un lato non è più un *quid* estraneo all'ordinamento, come divisava Giannini, dall'altro è disperso in tutta una serie di rivoli difficili da ridurre ad unità, anche perché l'ordinamento è una sorta di galassia in perenne movimento.

Altro versante della riunione odierna è quello dei controlli. Qui siamo di fronte all'uno, nessuno e centomila pirandelliano. Vi sono infatti plurime categorie dei controlli: esterni e interni, sugli atti e sugli organi, concomitanti, successivi e preventivi, sull'attività, sulla gestione, sulla finanza, sul patrimonio, organici e interorganici. Ci sono poi controlli funzionali: strategici, anticorruzione, di valutazione della dirigenza pubblica, ecc: ad ogni modo per un quadro completo non posso che rimandare alle recenti voci pubblicate negli Annali dell'Enciclopedia del Diritto dedicate rispettivamente ai controlli interni e ai controlli esterni, dalle quali si ricava agevolmente (si fa per dire) l'alluvione tutt'altro che organica dei controlli, ma in ogni caso si tratta di profili esaminati con attenzione nelle relazioni delle colleghe che ho dianzi evocate. Non posso peraltro non ricordare ancora Massimo Severo Giannini il quale scriveva che il controllo su pubblici poteri fa parte della costituzione materiale, perché è fisiologico che ci sia un controllo onde garantire la funzionalità e il raggiungimento degli interessi previsti dalla legge.

Soggiungeva però che, poiché i controlli "in fondo rallentano, sono qualche cosa che finisce per contrastare con quello che oggi sarebbe dire il principio di semplificazione e speditezza", e questo spiega tra l'altro perché sono stati eliminati i controlli preventivi sugli atti delle Regioni e degli Enti locali pur previsti nell'originario Titolo V della Costituzione.

Certo è che i controlli di legittimità preventivi sugli atti che pur rimangono, seppur astretti a determinate categorie, sono recessivi rispetto ai controlli di ragioniera, di regolarità contabile, sull'uso corretto delle risorse pubbliche, di gestione, di verifica delle performance, ecc. Si tratta di controlli in cui si devono applicare soprattutto criteri tratti dalle scienze ragionieristiche e aziendalistiche le quali si prestano a letture non omogenee e non agevolmente inquadrabili nell'ottica amministrativistica. Sono con tutta probabilità il campo della prassi, solitamente non considerata perché estranea alle fonti del diritto, ma in realtà, come già a

suo tempo ebbe più volte ad osservare M. S. Giannini, e come ha messo in luce con estrema chiarezza Paolo Grossi, costituisce una fonte extra giuridica che concorre alla interpretazione della normativa. Ma, qui ci addentriamo in quello che è stato definito uno dei capi *Horn* del diritto, ovvero nell'ermeneutica giuridica e in genere nei criteri interpretativi, ovvero un vero e proprio campo minato del tutto estraneo se non esoterico alla "natura giuridica" di una mera introduzione.

RELAZIONI / PONENCIAS

Controles y colaboración entre instituciones: las transformaciones de la justicia administrativa

SUSANA DE LA SIERRA MORÓN*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La riforma spagnola del ricorso amministrativo per cassazione come sintomo – 2.1. Premessa: il ricorso amministrativo per cassazione in Spagna – 2.2. Il contesto della riforma – 3. Le corti di vertice e la collaborazione con altri organi giudiziari e non giudiziari – 3.1. Una corte con ampi poteri – 3.2. Autorità indipendenti e magistratura: un'ampia teoria del controllo – 4. La rinnovata figura del giudice e la sua posizione istituzionale – Bibliografia.

1. Introduzione

Il presente lavoro è la versione scritta e rielaborata della relazione presentata al XXIV Convegno italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo, tenutosi a Torino dal 23 al 25 maggio 2024. Vorrei anche esprimere qui la mia gratitudine per l'opportunità di condividere alcune idee di una ricerca in corso sulle trasformazioni della giustizia amministrativa con colleghi italiani e spagnoli, e vorrei ringraziare in particolare il professor Tomàs Font. Il professor Font è stato per molti anni presidente della sezione spagnola dell'Associazione Italo-Spagnola, un foro molto prezioso per il dibattito accademico, oltre che arricchente dal punto di vista personale. Un ringraziamento va anche ai colleghi torinesi per la generosa ospitalità e lo straordinario trattamento riservatoci.

Nella relazione da cui nasce questo testo ho cercato, come ho indica-

* Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Castilla-La Mancha (Toledo). Questo lavoro è stato svolto nell'ambito dei progetti di ricerca "Protezione giuridica e opportunità per i gruppi vulnerabili di fronte alla digitalizzazione e all'intelligenza artificiale" (PRODIGIA: PID2021-124967OB-I00, finanziato da MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ e da FEDER, UE) e "Digitalizzazione e gruppi vulnerabili: protezione, garanzie e proposte per la sua attuazione in Castilla-La Mancha" (PRODIGITAL: SBPLY/21/180501/000089), finanziato da JCCM/FEDER/UE.

to, di presentare alcuni spunti di una ricerca in corso, rivolgendomi come pubblico principale al pubblico italiano, che ha meno familiarità con le nostre riforme normative, e con l'obiettivo di provocare, se del caso, un dialogo comparativo. In effetti, la ricerca da cui derivano la relazione e il testo scritto si colloca in un quadro comparativo, dato che le trasformazioni della giustizia amministrativa degli ultimi anni trovano eco anche in altre coordinate geografiche.

La versione scritta mantiene questo tono e attinge in parte a pubblicazioni precedenti, alle quali farò esplicito riferimento quando opportuno. Sono state inserite anche alcune considerazioni emerse durante il tempo delle interrogazioni e nel successivo dibattito.

2. *La riforma spagnola del ricorso amministrativo per cassazione come sintomo*

2.1. *Premessa: il ricorso amministrativo per cassazione in Spagna*

Nel 2015, in Spagna è stata attuata una riforma rilevante e alquanto controversa del ricorso amministrativo per cassazione. Come è noto, in Spagna esiste una giustizia amministrativa che potenzialmente accoglie tutte le controversie riguardanti le Pubbliche Amministrazioni, ossia un unico ordine giurisdizionale con una struttura propria e distinta dall'ordine giurisdizionale civile, il quale, salvo le eccezioni previste dalla legge, non risolve le controversie materialmente amministrative. Da alcuni decenni, il sistema prevede un giudice amministrativo (*Juzgados de lo Contencioso-Administrativo*) come prima istanza e Corti di Giustizia nelle Comunità Autonome (*Tribunales Superiores de Justicia*) con competenza in seconda e unica istanza. A livello centrale, vi sono i giudici centrali (*Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo*) e l'*Audiencia Nacional*, competenti entrambi per le cause relative – in generale – ai servizi centrali dell'Amministrazione generale dello Stato, cioè, l'amministrazione dello Stato centrale. Infine, al vertice del sistema si trova la Corte Suprema, un organo suddiviso al suo interno in cinque "Camere": una Prima Camera Civile, una Seconda Camera Penale, una Terza Camera Amministrativa, una Quarta Camera del Lavoro e una Quinta Camera Militare.

La Corte Suprema ha assunto la competenza in materia della tutela giurisdizionale amministrativa nel 1904, dopo un esperimento organico durato pochi anni, e da allora si è occupata di stabilire la giurispruden-

za in applicazione dell'allora recente Legge Santamaría de Paredes del 1888¹. Questa legge è rimasta in vigore fino al 1956, quando è stata approvata la Legge del 27 dicembre 1956, che regola la Giustizia Amministrativa e che, a sua volta, ne ha esteso gli effetti fino a ben oltre l'inizio della democrazia spagnola, cioè fino al 1998. La Legge 29/1998, del 13 luglio 1998, che regola la giustizia amministrativa [*Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*: LJCA] è la legge attualmente in vigore, una legge che ha subito finora poche riforme, anche se alcune delle quali di grande importanza, come quella relativa al ricorso amministrativo per cassazione.

Coincidendo temporalmente con la Legge Santamaría de Paredes, il Codice Civile fu approvato in Spagna nel 1889, seguendo la tradizione codificatoria del XIX secolo. L'articolo 1 di questo Codice, riferendosi alle fonti del diritto, include un sesto paragrafo che prevede che "la giurisprudenza integrerà l'ordinamento giuridico con la dottrina che, in modo reiterato, viene stabilita dalla Corte Suprema nell'interpretazione e nell'applicazione della legge, degli usi e dei principi generali del diritto". Questa

¹ Sulla storia della giustizia amministrativa in Spagna, si veda L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, nonché le monografie di J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa 1845-1868*, Civitas, Madrid, 1998; e *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007. Si veda anche, più recentemente, R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, *Función constitucional del Tribunal Supremo y recurso de casación contencioso-administrativo. Tomo I: Del recurso de nulidad (1812) al recurso de casación para la formación de jurisprudencia* (2015), Marcial Pons, Madrid, 2024. Più in generale, L. MEDINA ALCOZ, *Historia del Derecho Administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, 2022, autore del quale si segnalano anche due lavori pubblicati su riviste italiane: *El derecho a la acción en el contencioso-administrativo español*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 2, p. 53-71; e *Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en España: perspectiva histórica y constitucional*, in *Il Processo*, 1/2022, p. 49-82. Infine, un lucido approccio metodologico sull'uso della Storia del diritto nel diritto pubblico spagnolo si trova in M. LORENTE SARIÑENA, *Uso y abuso della Historia del Derecho Público*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 10, 2024, p. 235 – 269. Questo articolo è la versione scritta della relazione presentata al Seminario de Teoría y Método tenutosi presso l'Universidad Autónoma de Madrid nel novembre 2023. I Seminari di Teoría e Método (STEM) si tengono ogni sei mesi l'ultimo venerdì di maggio e novembre di ogni anno e l'organizzazione ruota tra le diverse università spagnole. Alcuni dei lavori presentati e discussi sono stati pubblicati nella già citata *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (*Rivista di diritto pubblico: teoria e metodo*), disponibile in open access presso Marcial Pons. Da questi seminari è nato anche un Manuale di diritto amministrativo, disponibile in open access sulla stessa pagina della Rivista, manuale che è stato recentemente tradotto in catalano.

citazione viene fatta a questo punto per il suo collegamento con il nuovo ricorso amministrativo per cassazione, un ricorso che è ormai in vigore da otto anni, ma che viene definito “nuovo” rispetto al sistema abrogato che è stato in vigore in Spagna per alcuni decenni². Secondo il modello riformato, la funzione primaria della Corte Suprema è quella di stabilire la giurisprudenza, non necessariamente di risolvere controversie specifiche, e il sistema di ammissione dei ricorsi è governato da questa vocazione di generalità. In questo quadro, l’accezione classica di giurisprudenza stabilita nel Codice civile spagnolo subisce qualche scossone.

Sebbene la giustizia amministrativa esista in senso stretto in Spagna fin dal XIX secolo³ e la Corte Suprema abbia assunto la competenza in materia nel 1904, è vero che il ricorso per cassazione in questo ordine giurisdizionale è relativamente recente, risalendo al 1992. In termini generali, seguendo gli studi del processualista fiorentino Piero Calamandrei, va sottolineato che questo ricorso è nato in Francia come rimedio straordinario per garantire la corretta applicazione della legge nel nuovo ordine rivoluzionario⁴. All’epoca, alla fine del XVIII secolo, il riferimento era alla cassazione civile e non esisteva ancora un ordine giurisdizionale separato e differenziato per le questioni amministrative. Nell’ambito della giustizia amministrativa spagnola, il ricorso per cassazione è, come indicato, un ricorso tardivo, dato che la sua incorporazione nel sistema

² Sulla giurisprudenza nella giustizia amministrativa, si veda il dettagliato e attuale studio di D. SANTIAGO IGLESIAS, *La jurisprudencia y su función en el ordenamiento jurídico administrativo: un estudio desde la óptica de los principios de igualdad y seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

³ Sulle origini della giustizia amministrativa in Spagna esiste un dibattito dottrinale nel quale non si può approfondire in questa sede, ma si segnalano i seguenti riferimenti: J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968, p. 65-112; A. NIETO, *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n. 57, 1968, p. 9-33; e J.R. PARADA VÁZQUEZ, *Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n. 59, 1969, p. 41-70. Nell’ambito della Storia del Diritto, vale la pena citare G.A. VILLAPALOS SALAS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media: su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

⁴ Si veda P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Vol. I. *Storia e legislazione* e Vol. II. *Disegno generale dell’istituto*, Fratelli Bocca, Torino, 1920. È disponibile una ristampa ad accesso libero su Internet a cura del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università Roma Tre. Roma Tre Press, Roma, 2019. Sull’influenza di questa grande opera nell’attualità, si veda J. NIEVA FENOLL/R. CAVANI (a cura di), *La casación hoy: cien años después de Calamandrei*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

processuale è avvenuta solo con l'adozione della legge 10/1992, del 30 aprile, sulle misure urgenti di riforma processuale. Questa legge ha sostituito l'appello davanti alla Corte Suprema fino ad allora esistente con questo ricorso straordinario, che non consente un riesame dei fatti e può essere proposto solo per motivi specifici⁵.

Fino alla riforma del 2015, i motivi per cui si poteva proporre ricorso amministrativo per cassazione erano i seguenti: 1) Abuso, eccesso o difetto nell'esercizio della giurisdizione; 2) Incompetenza o inadeguatezza del procedimento; 3) Violazione delle forme essenziali del processo per violazione delle norme che regolano la sentenza o di quelle che disciplinano gli atti e le garanzie processuali, purché, in quest'ultimo caso, la parte sia rimasta priva di difese; e 4) Violazione delle norme dell'ordinamento giuridico o della giurisprudenza applicabili per risolvere le questioni in discussione. A questi criteri esaustivi, rigorosamente interpretati dalla Terza Camera della Corte Suprema, si è aggiunta una *summa gravaminis*, aumentata nel corso degli anni e infine fissata a 600.000 euro dalla Legge 37/2011, del 10 ottobre, sulle misure di snellimento processuale. Con questa soglia di ingresso, gran parte degli affari sono rimasti senza ricorso amministrativo per Cassazione. Ciò ha portato alla critica ad affermare che si trattava di un ricorso per le cause riguardanti i grandi titoli quotati in borsa (l'"Ibex 35" in Spagna) o, per dirla in termini meno squisiti, un ricorso "per i ricchi"⁶.

2.2. Il contesto della riforma

La riforma del ricorso amministrativo per cassazione attuata nel 2015 deriva – come antecedente più immediato⁷ – dal Rapporto spiegativo e

⁵ O. BOUAZZA ARIÑO, *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013. Dello stesso autore, sul ricorso una volta attuata la riforma, si veda O. BOUAZZA ARIÑO, *La casación en el contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2020. Si veda anche L. CASADO CASADO, *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo. Restricciones y limitaciones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.

⁶ Tuttavia, dall'analisi economica del diritto si è concluso che un tale sistema, con barriere all'accesso/ tasse più significative, aumenta anche il tasso di successo dei ricorsi (oltre a ridurre il contenzioso). Si veda G. DOMÉNECH-PASCUL/M. MARTÍNEZ-MATUTE, JUAN S. MORA-SANGUINETTI, *Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? A theoretical and empirical analysis*, in *International Review of Law and Economics*, 65 (2021).

⁷ Sulla storia del ricorso e sulla riforma, si veda R. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, cit. In generale, sulla necessaria riforma dell'attuale giustizia amministrativa, si veda M^a J. MONTORO CHINER/L. CASADO CASADO/J.R. FUENTES GASÓ (a cura di), *La jurisdicción contencioso-administrativa*, cit. CASADO CASADO/J.R. FUENTES GASÓ (a cura di), *La jurisdicción contencioso-administrativa ante la encrucijada de su reforma*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023.

proposta per il disegno di legge sull'efficienza della giustizia amministrativa⁸. Questo rapporto è stato redatto dalla Sezione speciale per la riforma della legge sulla giustizia amministrativa, creata all'interno della Commissione generale di codificazione nel 2012, e aveva una composizione plurale: professori, alti funzionari dello Stato, nonché giudici e magistrati. Il mandato ricevuto dalla Sezione speciale era limitato: si trattava di affrontare le riforme necessarie per migliorare l'efficienza della giustizia amministrativa e, a questo proposito, la Sezione ha ritenuto opportuno sottolineare quanto segue:

“Di conseguenza, la Sezione non ha orientato il proprio lavoro verso un miglioramento della tutela giurisdizionale amministrativa, ma piuttosto verso il raggiungimento di un maggiore livello di efficienza del sistema nel suo complesso, mantenendo l'attuale livello di qualità dell'attività giurisdizionale amministrativa. Questa prospettiva di efficienza richiede di valutare se le risorse economiche attualmente destinate alla giustizia amministrativa siano inevitabili o se, al contrario, sia possibile garantire la stessa tutela giurisdizionale con una minore spesa pubblica. Due sono le questioni principali considerate in questa prospettiva di efficienza: l'elevato numero di controversie gestite e risolte dagli organi della giustizia amministrativa e l'organizzazione procedurale dei procedimenti giurisdizionali amministrativi. Queste sono le due aree principali in cui si inquadrano le proposte legislative della Sezione”⁹.

In aggiunta a quanto sopra, la riforma del ricorso amministrativo per cassazione è stata ritenuta necessaria, all'interno della stessa Terza Camera della Corte Suprema, per garantire un'effettiva tutela giurisdizionale nel sistema nel suo complesso¹⁰. In questo modo, una giurisprudenza uniforme e consolidata dell'Alta Corte contribuirebbe all'obiettivo comune della tutela in tutti gli organi giurisdizionali.

Il rapporto illustrava in dettaglio una serie di proposte per migliorare l'efficienza della giustizia amministrativa. In particolare, si chiedeva: (1) di aumentare e rafforzare i controlli amministrativi; (2) di sospendere i procedimenti amministrativi nelle questioni in attesa della risoluzione giudiziaria; (3) di fare un uso efficace del *pleito testigo* [procedimento che

⁸ F. VELASCO CABALLERO (a cura di), *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Ministerio de Justicia, 2013.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰ Si veda ad esempio. J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, *El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2018, p. 355-380 (p. 359).

serve di modello ad altri simili]contenzioso testimoniale e dell'estensione degli effetti della sentenza; (4) di potenziare la mediazione amministrativa; e (5) di adottare altre misure legate al processo giudiziario, come la revisione del sistema dei costi.

Il primo di questi temi, l'aumento e il rafforzamento dei controlli amministrativi, è uno dei più interessanti per il presente articolo. Infatti, di fronte a un panorama di effettiva proliferazione di soggetti preposti al controllo, cresce la necessità di promuovere la collaborazione tra tutti questi organismi. I mezzi amministrativi di ricorso e di controllo sono stati oggetto dell'XI Congresso dell'Associazione dei Professori di Diritto Amministrativo (AEPDA), tenutosi a Saragozza dal 5 al 6 febbraio 2016. In tale sede sono stati presentati e discussi modelli di diritto sovranazionale e comparato, nonché le particolarità settoriali del diritto spagnolo: appalti pubblici, unità del mercato, trasparenza e buon governo, settori regolamentati, mercato dei titoli, amministrazione fiscale. Gli atti, disponibili in open access sul sito web dell'AEPDA, riflettono uno stato di cose di crescente complessità e diversificazione, dove si contribuisce ad un sistema globale di protezione giuridica, per mano di organismi non giudiziari, dotati di conoscenze specialistiche per affrontare questi temi.

In tempi recenti, a questo si è aggiunto anche il quadro giuridico per la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale. In particolare, il Regolamento sui Servizi Digitali¹¹ e il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (RIA)¹², oltre ad altre norme, non solo disciplinano nel dettaglio le materie in questione, ma disegnano anche uno specifico modello di governance, sia a livello nazionale che europeo¹³. Se ne farà riferimento più dettagliatamente in seguito.

La riforma, che verrà descritta nella sezione successiva, si inserisce quindi in un contesto¹⁴ determinato soprattutto da un aumento esponen-

¹¹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

¹² Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate nel campo dell'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sull'intelligenza artificiale).

¹³ Ho sviluppato questo soggetto in S. DE LA SIERRA, *Taming the Smart Cyber Beast: A Network of Courts and Other Authorities*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 5/1, 2024, p. 83-95.

¹⁴ Un primo approccio a questo contesto è stato fatto nell'opera S. DE LA SIERRA, *El recurso de casación contencioso-administrativo en el marco de las mutaciones de la justicia*

ziale del numero di affari litigiosi. Ciò determina una situazione insoddisfacente dal punto di vista del contendente, ma anche in termini sistemici in uno Stato di diritto, dando luogo a quello che alcuni autori hanno definito “la fattura dell’ingiustizia”¹⁵.

3. *Le corti di vertice e la collaborazione con altri organi giudiziari e non giudiziari*

3.1. *Una corte con ampi poteri*

La riforma del ricorso amministrativo per cassazione è avvenuta in Spagna con la Terza disposizione aggiuntiva della Legge Organica 7/2015, del 21 luglio¹⁶. La caratteristica più significativa del nuovo modello opera nella fase di ammissione. Nel nuovo sistema, quindi, la Corte Suprema ha un ampio margine di azione, che a mio avviso supera i termini della discrezionalità. Infatti, il sistema di ammissibilità ruota attorno al concetto

administrativa, in R.O. BUSTILLO BOLADO (a cura di), “Partidos políticos y control del poder público”, Andavira, Santiago de Compostela, 2020, p. 129-145.

¹⁵ J. MORA-SANGUINETTI, *La factura de la injusticia: Sistema judicial, economía y prosperidad en España*, Tecnos, Madrid, 2022.

¹⁶ La bibliografia esistente su questo argomento è molto vasta. Su quella prodotta prima dell’entrata in vigore della riforma e durante i primi momenti della sua attuazione, rimando alla prima nota di S. DE LA SIERRA, *De defensa a personal pasando por los órganos constitucionales: una Sección omnicomprendiva*, in R.C. CANCIO FERNÁNDEZ/L. M^a. CAZORLA PRIETO (a cura di), *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 159-184. Successivamente, oltre alle altre monografie incluse in questo insieme di note, si segnala il numero 207, monografico, della Revista de Administración Pública, settembre-dicembre 2018. Si veda anche L. PAREJO ALFONSO, *Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018, “Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Balance y perspectivas”, p. 339 – 355; J.A. RAZQUÍN LIZÁRRAGA, *Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2018, p. 239 – 281; A. ROMEO RUIZ, *El interés casacional objetivo en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: En especial el caso de jurisprudencia contradictoria*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018, cit., p. 589 – 620; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Dos años del nuevo recurso de casación*, in *Revista Galega de Administración Pública*, n. 57, 2019, p. 241 – 260. In uno specifico ambito settoriale, l’urbanistica, si veda E. NIETO GARRIDO, *Interés casacional objDecetivo y urbanismo. Especial referencia a la nulidad del planeamiento*, La Ley, Madrid, 2020.

di “interesse cassazionale oggettivo” e si stabilisce un modello di ammissibilità che ricorda il *certiorari* americano, anche se con importanti differenze in termini di procedura e organizzazione giudiziaria. Ad esempio, nel modello statunitense, la Corte Suprema è composta da nove giudici. Si tratta di un numero ridotto rispetto alla Terza Camera della Corte Suprema spagnola, che è composta da poco più di trenta persone. Nel caso statunitense, tutti i membri intervengono nella fase di ammissibilità e in quella di giudizio, sulla base di un dibattito interno e del relativo voto. I casi vengono ammessi o non, nella misura in cui si raggiungono i cinque voti necessari a formare una maggioranza, e i criteri che la Corte segue per ammettere i ricorsi sono stati ampiamente analizzati in dottrina e fra gli avvocati¹⁷. La Corte è libera di ammettere o non ammettere un caso. Come ho indicato, si applica esclusivamente la regola della maggioranza.

Nel caso spagnolo, il nuovo sistema è definito secondo i termini stabiliti dall'articolo 88 LJCA, che al primo paragrafo prevede che “il ricorso amministrativo per in cassazione può essere ammesso alla trattazione quando, invocando una specifica violazione dell'ordinamento giuridico, sia procedurale che sostanziale, o della giurisprudenza, la Camera per la giustizia amministrativa della Corte Suprema ritenga che il ricorso abbia un interesse oggettivo per la formazione della giurisprudenza”¹⁸. E la Corte può decidere che il ricorso ha un interesse cassazionale oggettivo, indicandone espressamente i motivi nella *providencia* di ammissione. Successivamente, lo stesso articolo 88, ai paragrafi 2 e 3, elenca alcuni casi in cui si può presumere (in varia misura) che vi sia un interesse cassazionale oggettivo. Tuttavia, al di là di questi casi, la Corte è libera, come indicato sopra, di valutare l'esistenza di tale interesse, per il quale dovrà fornire adeguate motivazioni.

¹⁷ Si veda H.W. PERRY, JR., *Deciding to Decide. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994.

¹⁸ Ai sensi dell'articolo 206 della Legge 1/2000 del 7 gennaio 2000 sulla procedura civile, le decisioni giudiziarie sono sentenze, *autos* e *providencias*. Le *autos* sono lo strumento abituale e ordinario di impulso processuale, a condizione che non sia richiesta la forma della *providencia*. Le *providencias* sono decisioni giudiziarie che talvolta concludono il processo (come quelle che risolvono gli accordi di mediazione) o danno impulso al processo in modo qualificato, come nel caso delle ordinanze che decidono sull'ammissione o sull'inammissibilità del ricorso, in generale. Nel caso di ricorsi amministrativi in cassazione, la legge prevede che l'inammissibilità avvenga, di norma, con una *providencia* succintamente motivata (art. 90.3.a) LJCA), motivazione che generalmente si riduce a poche righe. In alcuni casi, il legislatore richiede che l'inammissibilità avvenga tramite una *providencia* (art. 90.3.b) LJCA), *providencia* che in ogni caso deve essere motivata e deve menzionare espressamente le cause eccezionali a cui si riferiscono questi casi.

Infatti, il paragrafo 2 del citato articolo 88 indica che “la Corte Suprema può ritenere che sussista un interesse cassazionale oggettivo, indicandone espressamente i motivi nel *auto* di ammissione, quando, *tra le altre circostanze*, la decisione che sia l’oggetto del ricorso corrisponde a uno dei casi ivi previsti. Di conseguenza, come indicato, si tratta di una facoltà, non di un obbligo, e i casi contenuti nell’articolo 88 non costituiscono un *numerus clausus*¹⁹. È vero, tuttavia, che nella pratica la Corte di solito non esce dalla strada dei casi indicati nella norma. Tali casi si verificano quando la decisione oggetto del ricorso:

- (a) stabilisce, a fronte di questioni sostanzialmente identiche, un’interpretazione delle norme di diritto statale o dell’Unione europea su cui si basa la sentenza che è in contrasto con quella stabilita da altri tribunali.
- (b) ha una dottrina su tali norme che può essere gravemente dannosa per l’interesse generale.
- (c) riguarda un gran numero di situazioni, di per sé o perché trascende il caso in questione.
- (d) risolve un dibattito che ha riguardato la validità costituzionale di una norma con lo status di legge, senza che fosse sufficientemente chiarita l’inopportunità di sollevare la relativa questione di incostituzionalità.
- (e) interpreta e applica una dottrina costituzionale apparentemente erronea e come base per la sua decisione.
- (f) interpreta e applica il diritto dell’Unione europea in apparente contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia o in casi in cui la Corte di giustizia può ancora essere chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale.
- (g) decidere in un procedimento in cui una disposizione generale è stata contestata direttamente o indirettamente.
- (h) Risolvere un caso in cui la questione controversa era un accordo concluso tra amministrazioni pubbliche.
- (i) è stato emesso nell’ambito della procedura speciale per la tutela dei diritti fondamentali.

¹⁹ La Corte Suprema ha avuto modo di ribadire questa dottrina in successivi *autos*, come è dettagliato nella sezione 7.1 dei *Cuadernos de Casación-Práctica Procesal del Recurso de Casación Contencioso-Administrativo*, un documento redatto dall’Ufficio Tecnico della Terza Camera della Corte Suprema e aggiornato periodicamente. È disponibile in libero accesso sul portale Internet della Corte Suprema, ospitato all’indirizzo www.poderjudicial.es (ultimo accesso: 23 marzo 2025).

Un trattamento speciale è riservato ai casi del paragrafo 3 dello stesso articolo 88 LJCA, che stabilisce una presunzione di interesse cassazionale oggettivo nei seguenti casi:

- (a) quando la decisione oggetto del ricorso ha applicato norme su cui si basa il motivo della decisione e su cui non esiste giurisprudenza.
- (b) quando tale decisione si discosta deliberatamente dalla giurisprudenza esistente in quanto erronea o non motivata, nonostante sia stata citata nel dibattito o sia una dottrina consolidata.
- (c) quando la sentenza impugnata dichiara la nullità di una disposizione di carattere generale, a meno che tale disposizione non sia chiaramente priva di rilevanza sufficiente.
- d) quando si pronuncia su ricorsi contro atti o disposizioni di organismi di regolamentazione o di controllo o di agenzie statali, che vengono esaminati dalla Camera di giustizia amministrativa dell'Audiencia Nacional.
- e) quando decide su ricorsi contro atti o disposizioni dei Governi o dei Consigli di Governo di delle Comunità Autonome.

Dal testo della legge si potrebbe dedurre che si tratta di una presunzione *iuris et de iure* e che, pertanto, se presente, il ricorso è ammissibile. Tuttavia, la presunzione è *iuris tantum*, per due motivi. Da un lato, la norma stessa indica che alcuni di questi casi (in particolare, quelli di cui alle lettere a), d) ed e)) consentono di respingere il ricorso con un'*auto* motivato, a condizione che la Corte ritenga che la causa sia chiaramente priva di interesse cassazionale oggettivo per la formazione della giurisprudenza. Tuttavia, si tratterebbe di un caso eccezionale, poiché la mancanza di interesse cassazionale oggettivo nel caso deve essere manifesta e, di conseguenza, qualificata. Nei casi di (b) e (c), non si può fare eccezione. D'altro canto, però, la Corte Suprema ha sviluppato una dottrina in base alla quale ha qualificato le situazioni in cui il presupposto di fatto è considerato esistente, convertendo in molte occasioni la presunzione in una presunzione *iuris tantum*, come già indicato.

Si noti inoltre che la lettera b) è stata modificata dall'art. 224.3 del Decreto Legge 5/2023, del 28 giugno, che ha aggiunto la seconda parte della frase ("o in modo immotivato nonostante sia stata citata nel dibattito o sia dottrina consolidata"). Questo perché l'allontanamento deliberato dalla giurisprudenza non è qualcosa che avviene abitualmente, anzi, ma può essere dedotto dal contesto del dibattito processuale, alla luce della sentenza finale.

La Corte Suprema, in questo nuovo contesto, stabilisce l'agenda e consolida la sua posizione di corte di vertice, nel senso proposto da Mi-

chele Taruffo²⁰. Continua a essere una corte ai sensi dell'articolo 24 della Costituzione spagnola, cioè una corte che garantisce una tutela giurisdizionale effettiva, ma rafforza la sua posizione istituzionale ai sensi dell'articolo 123 dello stesso testo costituzionale, che prevede che "la Corte Suprema, con giurisdizione in tutta la Spagna, è la più alta corte in tutte le giurisdizioni, salvo quanto previsto in materia di garanzie costituzionali".

Un tale sistema, tuttavia, richiede altri elementi per garantire che la tutela sia davvero efficace. Il numero di casi che arrivano all'Alta Corte, pur essendo elevato, non soddisfa le richieste di tutela. Il numero di cause è in costante aumento, ma nella giustizia amministrativa, tra altre questioni, il secondo grado di giudizio non è generalizzato. Un secondo grado soddisfacente consentirebbe alla Corte Suprema di svolgere adeguatamente questa funzione di vertice, dettando la giurisprudenza nei casi in cui è necessaria e fungendo da guida per giudici e tribunali. In questo contesto, va menzionata anche la giurisprudenza *Saqueti*, che affronta la necessità di un doppio grado di giudizio per quei casi davanti alla giustizia amministrativa di natura sanzionatoria e di una certa entità²¹.

Infine, va ricordato che il rapporto preparato per la stesura di un progetto preliminare di legge sull'efficienza della giustizia proponeva sì la riforma del ricorso amministrativo per cassazione in questa prospettiva, ma la accompagnava con altre riforme necessarie, come il miglioramento dei sistemi amministrativi di controllo o lo sviluppo della mediazione.

3.2. *Autorità indipendenti e magistratura: un'ampia teoria del controllo*

La realtà giuridica sta gradualmente crescendo in complessità, diversificazione e specializzazione. Ciò è dovuto alla crescita dell'azione pubblica stessa, che sta raggiungendo ambiti inimmaginabili alle origini del diritto amministrativo. Non solo si integrano sempre più settori della realtà, ma aumenta anche la densità normativa. Come è stato sottolineato, questa complessità, insieme all'aumento del contenzioso, fa sì che il sistema giudiziario sia spesso sovraccarico e che i tempi di trattazione non siano adeguati.

In alcuni settori dell'ordinamento giuridico si sono da tempo affermati sistemi non giudiziari di supervisione e controllo. È il caso, in particolare,

²⁰ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna, 1991.

²¹ Si veda B. LOZANO CUTANDA, *La sentencia Saqueti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas*, in *Revista de Administración Pública*, n. 213, 2020, p. 181-207.

dei cosiddetti settori regolamentati, cioè di quelle attività di natura economica, ma di importanza strategica, che in passato erano generalmente fornite in Europa in regime di monopolio statale. Con la liberalizzazione, questi servizi – energia, telecomunicazioni, servizi postali, tra gli altri – sono forniti in regime di libera concorrenza, anche se all’interno di un quadro giuridico che ne limita e condiziona l’attività per tutelare determinati interessi pubblici. In Spagna, i vari organismi di regolamentazione settoriale sono stati riuniti nel 2013 sotto un’unica Commissione, la Commissione Nazionale per i Mercati e la Concorrenza (CNMC), in un’operazione controversa che è stata comunque approvata – con dei caveat – dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea in risposta a una sentenza preliminare della Terza Camera della Corte Suprema²². Da allora, la CNMC è il regolatore nei seguenti settori: concorrenza, telecomunicazioni, energia, audiovisivo, postale, aeroportuale e ferroviario. Attualmente, tuttavia, è in corso un’iniziativa legislativa per creare la Commissione Nazionale per l’Energia, “scorporandola” dalla CNMC e conferendole autonomia.

Le decisioni di questa CNMC, tra l’altro, godono, come abbiamo visto, di un regime privilegiato nel ricorso amministrativo per cassazione in vigore dal 2016, poiché le sentenze dell’*Audiencia Nacional* che si occupano in prima e unica istanza di queste decisioni possono essere impugnate in cassazione e il loro regime di ammissione è protetto dalla presunzione forte contenuta nell’articolo 88.3 LJCA.

Oltre alla CNMC, altri settori della realtà dispongono di un sistema di supervisione e/o di tutela non giudiziaria. È il caso, ad esempio, degli appalti pubblici – sotto la spinta di successive direttive europee –, settore in cui la Spagna dispone di un Tribunale amministrativo centrale per i ricorsi in materia di appalti, oltre ai suoi equivalenti regionali nelle Comunità Autonome che hanno scelto di creare un proprio sistema organizzativo, in conformità con il sistema spagnolo di distribuzione dei poteri. È opportuno evidenziare anche il Consiglio per la Trasparenza e il Buon Governo (CTBG) e i suoi omologhi regionali, ovunque siano stati istituiti, in quanto talvolta contribuiscono alla tutela dei cittadini, nella misura in cui consentono di fornire ai firmatari delle petizioni strumenti che possono essere utilizzati per difendere i loro diritti e interessi. Tra gli altri casi, vale la pena sottolineare quello della trasparenza algoritmica²³, in quanto il CTBG è stato un pioniere nel riconoscere il diritto di acces-

²² Sentenza della Corte di Giustizia dell’UE del 19 ottobre 2016, C-424/2015.

²³ Cfr. E. GUICHOT, *La transparencia de los algoritmos desde la normativa sobre tran-*

so agli algoritmi utilizzati dall'Amministrazione in alcuni procedimenti amministrativi. Attualmente è pendente un ricorso amministrativo per cassazione davanti alla Terza Camera della Corte Suprema, che sarà il primo pronunciamento dell'alta corte sulla questione²⁴.

Oltre a organismi specifici per materie particolari, come i tribunali economico-amministrativi²⁵ per le questioni fiscali, è opportuno evidenziare il sistema di governance degli ambienti digitali, compresa l'intelligenza artificiale. Questo sistema, attualmente in fase di costruzione, deriva dalla normativa europea e, in particolare, dai Regolamenti sui servizi digitali e sull'intelligenza artificiale, ai cui si è già fatto riferimento. In questo modo, viene creata una rete di autorità nazionali responsabili della supervisione di questi settori e quindi di garantire l'applicazione del diritto dell'UE, mentre allo stesso tempo vengono istituiti organismi o agenzie a livello europeo, alcuni dei quali collegati alle istituzioni europee e altri come vere e proprie strutture di cooperazione. In Spagna, le competenze derivanti dal Regolamento sui Servizi Digitali hanno finito per essere attribuite alla CNMC, all'interno della quale si è recentemente tentato di creare una Direzione generale per i servizi digitali²⁶.

Nel campo dell'intelligenza artificiale, in Spagna²⁷ è stata creata l'A-

sparencia y acceso a la información pública, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 117, 2024, p. 77-115.

²⁴ Auto della Terza Camera della Corte Suprema (Prima Sezione) del 27 novembre 2024, n. 7878/2024.

²⁵ Come nel caso del Tribunale amministrativo centrale per i ricorsi in materia di appalti e di altri organi equivalenti, non si tratta di organi giurisdizionali in senso stretto, cioè non sono organi giurisdizionali, ma piuttosto di entità o organi di natura amministrativa generalmente integrati nella struttura ordinaria dell'amministrazione pubblica corrispondente, anche se in alcuni casi dotati di alcuni gradi di indipendenza de jure o de facto (a causa del profilo dei loro membri e/o del loro funzionamento).

²⁶ Il Decreto Legge 9/2024, del 23 dicembre, che adotta misure urgenti in materia economica, fiscale, di trasporti e di previdenza sociale, ed estende alcune misure per affrontare situazioni di vulnerabilità sociale, modifica nella sua quinta disposizione finale l'articolo 25.1 della Legge 3/2013, del 4 giugno, che istituisce la Commissione Nazionale per i Mercati e la Concorrenza (CNMC), per incorporare la suddetta Direzione generale. In questo decreto legge, tali competenze sono generalmente attribuite alla CNMC. Il decreto legge, tuttavia, non è stato convalidato nella sessione plenaria della Camera dei Deputati del 21 gennaio 2025 e, di conseguenza, è decaduto. È prevedibile che una simile iniziativa normativa venga nuovamente tentata in futuro.

²⁷ La Legge 22/2021, del 28 dicembre, sul Bilancio Generale dello Stato per l'anno 2022, ha previsto la "creazione dell'Agenzia Spagnola per la Supervisione dell'Intelligenza Artificiale" (AESIA) nella sua centotrentesima disposizione aggiuntiva. In tal modo, ha autorizzato il Governo a promuovere una legge per la creazione dell'Agenzia Spagnola per la Supervisione dell'Intelligenza Artificiale, configurata come un'agenzia statale

genzia Spagnola per la Supervisione dell'Intelligenza Artificiale (AESIA), con sede a Coruña (Galizia)²⁸, il cui statuto è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dello Stato il 2 settembre 2023²⁹, ossia prima dell'approvazione del Regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale. L'AESIA ha ampie funzioni, che sono dettagliate nel suo Statuto. Di particolare interesse ai fini del presente lavoro è l'articolo 26, che dettaglia le competenze di uno dei suoi organi, la Sottodirezione per la certificazione, la valutazione delle tendenze, il coordinamento e la formazione in materia di intelligenza artificiale. Al dipartimento di certificazione, istruzione e supervisione sono quindi affidate alcune funzioni rilevanti nell'ambito dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni, come la supervisione d'ufficio dei sistemi di intelligenza artificiale utilizzati dalle Pubbliche Amministrazioni³⁰, nonché l'emissione di rapporti vincolanti e verbali che decidono sulla continuità di tali sistemi e/o sulla loro implementazione³¹.

D'altro canto, il Dipartimento per la sensibilizzazione, la formazione, la divulgazione, la promozione e la consapevolezza è responsabile, tra le altre funzioni, di fornire supporto tecnico e/o consulenza a giudici e tribunali in caso di conflitti legati all'intelligenza artificiale, su richiesta dei tribunali stessi. Si tratta di una competenza rilevante, in quanto i giudici e i tribunali devono affrontare questioni tecniche complesse che presto non saranno più di "nicchia", poiché la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale sono destinate a svolgere un ruolo

dotata di personalità giuridica pubblica, di un proprio patrimonio e di autonomia nella gestione, con poteri amministrativi. Si tratta della Legge 28/2022, del 21 dicembre, sulla promozione dell'ecosistema delle start-up, che prevede la creazione dell'AESIA nella sua settima disposizione aggiuntiva. La terza sezione di questa disposizione aggiuntiva stabilisce che l'Agenzia dipenderà dal Segretario di Stato per la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale del Ministero dell'Economia e della trasformazione digitale [questo Ministero è oggi il Ministero per la Trasformazione Digitale e il Pubblico Impiego]. Inoltre, sarà disciplinata dalle disposizioni del suo statuto organico e dalle disposizioni della legge 40/2015, del 1° ottobre, sul regime giuridico del settore pubblico.

²⁸ Ordinanza PCM/1203/2022, del 5 dicembre, che pubblica l'Accordo del Consiglio dei Ministri del 5 dicembre 2022, che determina la sede fisica della futura Agenzia Spagnola per la Supervisione dell'Intelligenza Artificiale.

²⁹ Decreto 729/2023 del 22 agosto, che approva lo statuto dell'Agenzia spagnola per la supervisione dell'intelligenza artificiale.

³⁰ Tuttavia, in conformità con le disposizioni della Prima Disposizione Finale (titolo di competenza) della Legge 28/2022, del 21 dicembre, sulla promozione dell'ecosistema delle start-up, le disposizioni relative all'AESIA (nella misura in cui si applicherebbe la clausola di esclusione e di chiusura del sistema) saranno applicabili solo nell'ambito dell'Amministrazione Generale dello Stato e del suo settore istituzionale.

³¹ Art. 26.A.6 dello Statuto.

sempre più trasversale³². Questo porta a riflettere sulla misura in cui l'attuale configurazione della giustizia amministrativa sia all'altezza della sfida, o se sia necessario intraprendere riforme nell'organizzazione giudiziaria, così come nei sistemi di selezione e formazione della magistratura.

Un dubbio ragionevole, invece, è se l'AESIA abbia le risorse finanziarie, tecniche e umane per adempiere ai compiti che le sono stati affidati dal quadro giuridico che le si applica.

Recentemente, il Governo ha annunciato e reso pubblico il Disegno di Legge preliminare sul coordinamento e la governance della cybersecurity, un'iniziativa congiunta dei Ministeri dell'Interno, della Difesa e per la Trasformazione Digitale e della Funzione Pubblica. Si tratta di un ampio testo che recepisce la Direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 dicembre 2022, recante misure volte a garantire un elevato livello comune di cibersecurity in tutta l'Unione, che modifica il Regolamento (UE) n. 910/2014 e la Direttiva (UE) 2018/172 e che abroga la Direttiva (UE) 2016/1148. Come in altri settori, anche in questo caso il fulcro della regolamentazione è la governance, strutturata attraverso vari strumenti. Uno dei suoi strumenti chiave è il futuro Centro Nazionale di Cibersecurity, la cui creazione è prevista nella prima disposizione aggiuntiva del testo. Tuttavia, la densità normativa di questa disposizione è scarsa, poiché si limita a stabilire un periodo massimo di 12 mesi dall'entrata in vigore della legge per l'approvazione da parte del Governo di un Decreto che "determini il rango, la natura e la struttura amministrativa del Centro Nazionale di Cybersecurity". Alla luce dello strumento di creazione, un Decreto del Governo, e della mancata definizione del suo profilo, sembra che il Centro Nazionale di Cybersecurity sarà integrato nella struttura organizzativa di un ministero, che assumerà funzioni di coordinamento, ma non sembra che questo porterà alla creazione di un organismo indipendente o dotato di un certo grado di autonomia. Tuttavia, nella clausola di riserva finale, si afferma che questo Centro eserciterà le sue funzioni "senza pregiudicare le competenze legalmente riservate ad *altri* organismi o istituzioni". Il riferimento ad "altri" organismi o istituzioni potrebbe indurre a pensare che anche il Centro Nazionale per la Cybersecurity debba essere un organismo o un'istituzione, cioè un organi-

³² Sulle difficoltà degli organi giurisdizionali nel gestire le controversie che sorgono in un'area specifica degli ambienti digitali, i media in senso lato e compresi alcuni social network, si veda S. DE LA SIERRA, *European Courts as Digital Media Regulators*, in E. PSYCHOGIOPOULOU/S. DE LA SIERRA (coord.), "Digital Media Governance and Supranational Courts: Selected Issues and Insights from the European Judiciary", Elgar, Cheltenham, 2022, p. 17-35.

smo dotato di autonomia. Tuttavia, come ho sottolineato, questa conseguenza non deriva necessariamente dalla configurazione normativa.

La proliferazione di tali organismi, agenzie o autorità presenta alcuni vantaggi dal punto di vista dell'applicazione della legge e la protezione del cittadino, in quanto massimizza le possibilità di tutela. Oltre all'attività di vigilanza, che in genere garantisce la corretta applicazione della legge, le controversie legali vengono risolte attraverso le relative procedure. A volte ciò significa che la persona interessata può in seguito ritirare il ricorso³³, fermo restando che il ricorso è sempre disponibile in virtù del diritto fondamentale a un'effettiva tutela giurisdizionale. Inoltre, anche quando la questione arriva finalmente ai giudici e ai tribunali, il dibattito giuridico è più "maturo", poiché ha superato il precedente filtro dell'organo o dell'organismo specializzato³⁴.

Infine, è necessario fare riferimento alla necessità di assicurare il coordinamento tra tutti questi organi o organismi competenti su questioni convergenti, al fine di garantire un'applicazione adeguata e coerente della legge. In questo senso, alcuni autori auspicano l'istituzione di sistemi formalizzati di cooperazione, che devono essere garantiti con urgenza³⁵.

4. *La rinnovata figura del giudice e la sua posizione istituzionale*

Per concludere questa breve panoramica su alcuni degli elementi che caratterizzano le più recenti trasformazioni della giustizia amministrativa in Spagna, è opportuno fare riferimento a un elemento che questo ordine giurisdizionale condivide con altri, ovvero la rinnovata figura del giudice nel dibattito pubblico e la sua posizione istituzionale. Questo aspetto non è patrimonio esclusivo della Spa-

³³ I dati relativi al Tribunale amministrativo centrale per i ricorsi in materia di appalti sono molto interessanti. Secondo la Relazione annuale 2021 (l'ultima disponibile sul sito web), nell'anno di riferimento il Tribunale ha trattato 1.935 ricorsi in un periodo medio di 42 giorni di calendario per ricorso, quindi con una velocità lodevole. La percentuale di casi successivamente appellati davanti alla giustizia amministrativa è stata del 7,9% e, in generale, dalla creazione della Corte nel 2010, il tasso di litigiosità è stato molto basso, rimanendo sempre al di sotto del 10% delle decisioni appellate.

³⁴ In questo senso, contestualizzato nel quadro della "deferenza giudiziaria", si veda E. MALARET GARCÍA (a cura di), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

³⁵ Si veda A. SOLA, *Il coordinamento amministrativo nelle funzioni di regolazione di fenomeni complessi: le economie dei dati* Tesi di dottorato, Università LUISS, 2023. La tesi si riferisce all'economia dei dati, ma i suoi argomenti principali possono essere perfettamente estrapolati ad altri campi.

gna, ma è da tempo oggetto di riflessione in altri contesti geografici, tra cui l'Italia³⁶.

Due elementi mi hanno spinto all'epoca a introdurre questa domanda nella mia ricerca. Da un lato, con la riforma del ricorso amministrativo per cassazione, la posizione istituzionale della Terza Camera della Corte Suprema viene modificata. Essa acquisisce così un maggiore protagonismo e presenta profili che la rendono un attore di primo piano nelle politiche pubbliche. Così, la sua capacità di selezionare le questioni da trattare, come discusso in precedenza, le permette di definire la propria agenda, in modo quasi equivalente a quello della Corte Suprema negli Stati Uniti, un Paese in cui questo tema ha generato una grande letteratura³⁷. È ipotizzabile che le funzioni di un tale organo vadano oltre quelle di un organo giudiziario in senso stretto e lo pongano nella posizione di colegislatore, dal momento che definisce l'agenda e stabilisce un'interpretazione normativa di carattere generale, essendo questa la sua funzione principale e non quella di rendere giustizia nel caso specifico. Un simile processo, d'altra parte, richiederebbe un adattamento. Pertanto, data la portata della questione dibattuta, che supera di gran lunga la funzione classica di dettare giustizia o di fungere da "bocca della legge" in senso montesquiano, sarebbe opportuno introdurre la figura dell'*amicus curiae*, che aiuterebbe l'alto organo in tale delicata funzione.

In secondo luogo, nel 2016, cioè in concomitanza con l'entrata in vigore della riforma del ricorso amministrativo per cassazione, ha iniziato a lavorare anche la Commissione di Etica Giudiziaria, con sede presso il Consiglio Generale della Magistratura (*Consejo General del Poder Judicial*), per garantire l'applicazione dei principi di etica giudiziaria approvati dal Consiglio poco prima. L'approvazione in Spagna dei principi di etica giudiziaria segue la scia degli strumenti internazionali della stessa natura che sviluppano i concetti di indipendenza e imparzialità, oltre che integrità, e che sono in vigore dagli anni '80.

Questi aspetti, che in questo momento possono essere solo enunciati, devono essere presi in considerazione in una riflessione sulle trasformazioni della giustizia amministrativa, poiché incidono sullo status giuridico dei soggetti che la compongono. Altrimenti, il quadro rimarrebbe incompleto.

³⁶ S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Laterza, Bari-Roma, 2022.

³⁷ Si veda H.W. PERRY, JR., *Deciding to decide*, cit. Va che in Spagna non esistono ancora studi sul potere giudiziario dal punto di vista delle scienze politiche, o sono molto limitati. Sarebbe auspicabile avere questo tipo di studi, per completare la visione strettamente giuridica, che è ancora parziale e sarebbe arricchita da un approccio multidisciplinare. In generale, mi riferisco all'opera di Juan Mora-Sanguinetti, in particolare a *La factura de la injusticia*, cit.

Bibliografia

- BOUAZZA ARIÑO O., *La casación en el contencioso-administrativo*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2020.
- BOUAZZA ARIÑO O., *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2013.
- CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, Vol. I. *Storia e legislazione* e Vol. II. *Disegno generale dell'istituto*, Frattelli Bocca, Torino, 1920.
- CASADO CASADO L., *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo. Restricciones y limitaciones*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019.
- CASSESE S., *Il governo dei giudici*, Laterza, Bari-Roma, 2022.
- DE LA SIERRA S., *Taming the Smart Cyber Beast: A Network of Courts and Other Authorities*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 5/1, 2024, pagg. 83-95.
- DE LA SIERRA S., *European Courts as Digital Media Regulators*, in E. PSYCHOGIPOULOU/S. DE LA SIERRA (coord.), *Digital Media Governance and Supranational Courts: Selected Issues and Insights from the European Judiciary*, Elgar, Cheltenham, 2022, p. 17-35.
- DE LA SIERRA S., *El recurso de casación contencioso-administrativo en el marco de las mutaciones de la justicia administrativa*, in R.O. BUSTILLO BOLADO (coord.), "Partidos políticos y control del poder público", Andavira, Santiago de Compostela, 2020, p. 129-145.
- DE LA SIERRA S., *De defensa a personal pasando por los órganos constitucionales: una Sección omnicompreensiva*, in R.C. CANCIO FERNÁNDEZ/L.Mª. CAZORLA PRIETO (dirs.), "El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación", Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 159 – 184.
- DOMÉNECH-PASCUL G. / MARTÍNEZ-MATUTE M., MORA-SANGUINETTI J. S., *Do fee-shifting rules affect plaintiffs' win rates? Un'analisi teorica ed empirica*, in *International Review of Law and Economics*, 65 (2021).
- FERNÁNDEZ TORRES J. R., *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TORRES J. R., *La formazione storica della giurisdizione contenitivo-amministrativa 1845-1868*, Civitas, Madrid, 1998.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN R., *Función constitucional del Tribunal Supremo y recurso de casación contencioso-administrativo. Tomo I: Del recurso de nulidad (1812) al recurso de casación para la formación de jurisprudencia (2015)*, Marcial Pons, Madrid, 2024.
- GUICHOT E., *La trasparenza degli algoritmi nella normativa sulla trasparenza e l'accesso all'informazione pubblica*, in *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 117, 2024, p. 77-115.
- HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO J., *El interés objetivo en la nueva casación contencioso-administrativa*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018, p. 355-380.
- LORENTE SARIÑENA M., *Uso y abuso della Historia del Derecho Público*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 10, 2024, p. 235-269.
- LOZANO CUTANDA B., *La sentenza Saquetti Iglesias c. España impone l'introdu-*

- zione della doppia istanza per l'applicazione delle sanzioni amministrative, in *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, p. 181-207.
- MALARET GARCÍA E. (dir.), *Autonomía administrativa, decisiones cualificadas y deferencia judicial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- MARTÍN REBOLLO L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975.
- MEDINA ALCOZ L., *Historia del Derecho Administrativo español*, Marcial Pons, Madrid, 2022.
- MEDINA ALCOZ L., *Acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa en España: perspectiva histórica y constitucional*, in *Il Processo*, 1/2022, p. 49-82.
- MEDINA ALCOZ L., *El derecho a la acción en el contencioso-administrativo español*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, n. 2, p. 53-71.
- MONTORO CHINER M^a. J./CASADO CASADO L./FUENTES GASÓ J. R. (a cura di), *La jurisdicción contencioso-administrativa ante la encrucijada de su reforma*, Tirant lo blanch, Valencia, 2023.
- MORA-SANGUINETTI J. S., *La factura de la injusticia: Sistema giudiziario, economia e prosperità in Spagna*, Tecnos, Madrid, 2022.
- NIETO A., *Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, no. 57, 1968, p. 9-33.
- NIETO GARRIDO E., *Interés casacional objetivo y urbanismo. Especial referencia a la nulidad del planeamiento*, La Ley, Madrid, 2020.
- NIEVA FENOLL J./CAVANI R.(dir.), *La casación hoy: cien años después de Calamandrei*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- PARADA VÁZQUEZ J. R., *Réplica a Nieto sul privilegio della decisione ejecutoria e sul sistema contentitivo-amministrativo*, in *Revista de Administración Pública*, núm. 59, 1969, p. 41-70.
- PARADA VÁZQUEZ J. R., *Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso*, in *Revista de Administración Pública*, n. 55, 1968, p. 65-112.
- PAREJO ALFONSO L., *Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo*, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018, "Veinte años de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Balance y perspectivas", p. 339 – 355.
- PERRY H.W., JR., *Decidere di decidere. Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994.
- RAZQUÍN LIZÁRRAGA J.A., *Primer balance del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2018, p. 239 – 281.
- ROMEO RUIZ A., *El interés casacional objetivo en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo: En especial el caso de jurisprudencia contradictoria*, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, 2018, cit. p. 589 – 620.
- SANTAMARÍA PASTOR J.A., *Dos años del nuevo recurso de casación*, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 57, 2019, p. 241-260.
- SANTIAGO IGLESIAS D., *La giurisdizione e la sua funzione nell'ordinamento giuridico amministrativo: uno studio dall'ottica dei principi di uguaglianza e sicurezza giuridica*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

- SOLA A., *Il coordinamento amministrativo nelle funzioni di regolazione di fenomeni complessi: le economie dei dati* Tesi di dottorato, Università LUISS, 2023.
- VELASCO CABALLERO F. (dir.), *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Ministerio de Justicia, 2013.
- VILLAPALOS SALAS G.A., *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja Edad Media: su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

I controlli e la collaborazione tra istituzioni nei fondi UE 2021/2027 e nel PNRR

MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI

SOMMARIO: 1. Introduzione e stato dell'arte. 2. La garanzia degli interessi finanziari dell'UE nel regolamento 241/2021. 3. Brevi note sui programmi di finanziamento, sul sistema dei controlli e delle responsabilità e sulla collaborazione tra istituzioni. 3.1 Segue. I controlli. 3.2. Segue. La collaborazione di e tra altre autorità. 4. Il complicato sistema dei controlli PNRR. 5. La collaborazione e le competenze. 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione e stato dell'arte*

La norma di cui all'art. 22 del Regolamento del Parlamento e del Consiglio del 12 febbraio 2021, n. 241 istituisce e definisce il *dispositivo* per la ripresa e la resilienza, offrendo una conferma in ambito UE della *ratio* della stessa origine dei controlli nel nostro ordinamento, intervenuta contestualmente alla proclamazione del Regno d'Italia, 1861, con l. 14 agosto 1862, istitutiva della Corte dei conti, voluta dal primo ministro Cavour.

La Corte dei conti tutela l'erario pubblico e opera per il conseguimento del miglior risultato di bilancio, attuando il *côntrôle rôle* di legittimità, contro ruolo a garanzia dell'erario, che si realizza attivando un procedimento di verifica dei fatti sui quali l'autorità competente è intervenuta in conseguenza delle risultanze dell'istruttoria.

Il ruolo, il controllo di legittimità esercitato dalla Corte dei conti, viene rappresentato come contro ruolo perché l'organo di controllo prende le mosse dal risultato ottenuto da parte dell'Amministrazione e verifica le modalità che connotano il raggiungimento di quel risultato, la quantità di spesa pubblica impiegata per ottenerlo e, ove rilevi violazioni di legge, ritarda l'efficacia dell'atto viziato.

Soltanto l'atto politico del Parlamento potrà giustificare l'ordine di registrare con riserva che il Ministro, autore dell'atto non registrato dalla Corte, – se non convenga con il risultato del contro ruolo – può imporre alla Sez. I della Corte di conti, Sezione controllo, costringendola all'apposizione del visto con riserva sull'atto ritenuto illegittimo o improduttivo di lecita risorsa pubblica.

Sulla riserva il Parlamento, ogni 15 giorni informato del dissidio tra Corte e Governo, potrebbe ottenere la votazione di sfiducia del Ministro autore dell'atto o addirittura dello stesso Governo, ciò che peraltro mai è accaduto nella storia politica italiana.

La funzione svolta dalle Sezioni di controllo di legittimità della Corte dei conti è considerata propria della magistratura perché è stato riconosciuto da parte della Consulta il potere della Sezione di sollevare la questione incidentale di incostituzionalità della norma di legge che legittima l'emanazione del provvedimento entrato in crisi¹.

L'art. 100, comma 2° della Costituzione repubblicana del 1° gennaio 1948 prevede che la Corte dei conti eserciti «*il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato*» e che essa partecipi, «*nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito*»; con il 3° comma si commette alla legge ordinaria il compito di assicurare l'indipendenza della Corte (esattamente come avviene per il Consiglio di Stato) *di fronte* al Governo.

Ma la superiorità del canone dell'indipendenza del magistrato è riscontrabile nella specifica garanzia che la legge deve offrire non soltanto alla Corte, ma anche a ciascuno dei suoi *componenti*.

Per di più, la norma di cui all'art. 103, comma 2° attribuisce alla Corte anche una funzione esplicitamente giurisdizionale «*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*».

È opportuno evidenziare fin d'ora che la Corte dei conti europea non possiede questa funzione e generalmente le Corti degli Stati membri non conoscono del danno erariale in apposito processo, restando questa materia riservata alla magistratura ordinaria o a quella amministrativa.

Con la l. 26 giugno 1924 n. 1054, con la l. 12 luglio 1934 n. 1214 e con il successivo regolamento la Corte –organo autorevole nell'organizzazione pubblica– ha visto: con la prima, disciplinata la sua competenza in materia di controllo preventivo di legittimità su *tutti i decreti reali*; con la seconda, introdotto il giudizio di responsabilità per danno erariale affidato alla Corte con l'iniziativa di competenza dell'Ufficio di Procura generale presso la Corte, giurisdizione tuttora attiva, con articolazione in ogni regione italiana.

¹ Da lungo tempo e per tre volte la Corte costituzionale ha ricompreso nella Magistratura il controllore di vertice della legittimità dei procedimenti e dei provvedimenti governativi: sent. 165/1963, 121/1966 e 226/1976.

Una nuova e più autorevole visione del ruolo della Corte dei conti italiana, si legge nella l. 14 gennaio 1994 n. 20, ove si è disegnata una nuova Corte dei conti, introducendo il controllo sulla gestione dello Stato e della Regione (approvazione dei bilanci e dei rendiconti) e circoscrivendo il controllo preventivo di legittimità a determinati atti governativi².

Peraltro, la crisi della finanza pubblica e l'emersione di importanti e diffusi fenomeni corruttivi hanno indotto il legislatore ad istituire anche un controllo successivo sulla gestione del bilancio (gestione finanziaria) e del patrimonio (gestione patrimoniale) delle amministrazioni pubbliche.

Finalmente riconosciuta in sede legislativa la pluralità delle amministrazioni pubbliche, con il TUPI (testo unico del pubblico impiego), d.lgs. 165/2001, tutte le amministrazioni pubbliche (Regioni, Comuni, Province, Città metropolitane, Stato, Università, enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria) sono soggette alla Corte dei conti che, oltre a verificare la legittimità e la *regolarità* (finanziaria) delle gestioni ed il funzionamento dei controlli interni, accerta *ex post* se le procedure e i mezzi utilizzati, esaminati in comparazione con quelli impiegati in

² Art. 3, comma 1, “*Norme in materia di controllo della Corte dei conti*”

“1. Il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti si esercita esclusivamente sui seguenti atti non aventi forza di legge:

- a) provvedimenti emanati a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri;
- b) atti del Presidente del Consiglio dei ministri e atti dei Ministri aventi ad oggetto la definizione delle piante organiche, il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali e le direttive generali per l'indirizzo e per lo svolgimento dell'azione amministrativa;
- c) *atti normativi a rilevanza esterna, atti di programmazione comportanti spese ed atti generali attuativi di norme comunitarie;*
- d) *provvedimenti dei comitati interministeriali di riparto o assegnazione di fondi ed altre deliberazioni emanate nelle materie di cui alle lettere b) e c);*
- f) *provvedimenti di disposizione del demanio e del patrimonio immobiliare;*
- g) *decreti che approvano contratti delle Amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'articolo 19 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato;*
- h) *decreti di variazione del bilancio dello Stato, di accertamento dei residui e di assenso preventivo del Ministero del tesoro all'impegno di spese correnti a carico di esercizi successivi;*
- i) *atti per il cui corso sia stato impartito l'ordine scritto del Ministro;*
- l) *atti che il Presidente del Consiglio dei Ministri richiama di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte dei conti deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo.”.*

situazioni omogenee, siano stati ottimali quanto a costi, speditezza ed efficienza.

Disegnato questo efficace quadro normativo del ruolo e delle funzioni della Corte dei conti³, con una manovra dal sapore assai sospetto, il legislatore (con la legge 21 giugno 2023, n. 74 di conversione del d.l. PNRR n. 44 del 22 aprile 2023, all'art 1 comma 12 quinquies alla lettera a)) ha disposto la proroga al 30 giugno 2024 della sospensione della responsabilità erariale degli amministratori, il c.d. scudo erariale⁴, introdotto con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76 e, cosa ancora più pregnante, all'art. 1 comma 12 quinquies lettera b) vengono esclusi dal controllo così detto "concomitante" della Corte dei conti (il controllo preventivo di legittimità) i programmi e progetti finanziati dal PNRR. L'incredibile intervento normativo è stato giustificato dal governo (dietro interrogazione

³ Sul tema, *ex plurimis* e nell'ultimo lustro, A. POLICE, *La Corte dei conti garante dell'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza: l'importanza strategica del controllo concomitante*, in Riv. Corte conti n. 5/2021; J. SPORTELETTI, *Il collegio del controllo concomitante. Origine, aspetti sostanziali e procedurali*, in Riv. Corte conti, 6/2022; C. PAGLIARIN, *I controlli della Corte dei conti e la riforma della pubblica amministrazione nella stagione del PNRR. Una introduzione*, in Diritto e Conti, Aprile 2023; L. SAMBUCCI, *Le limitazioni al responsabilità contabile e al controllo concomitante della Corte dei conti ovvero "buio e contro buio": se il legislatore gioca d'azzardo con le riforme amministrative*, in Nomos, 3/2023; M. MACCHIA, *La nuova discrezionalità amministrativa e il controllo concomitante della Corte dei conti*, in S.M. J. BERCELLI (a cura di), *Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali*, Torino 2023; C. GRIECO, *Abrogazione del controllo concomitante sulle iniziative del PNRR e accordi raggiunti in sede europea: quali i possibili rischi?*, in Quaderni AISDUE, 9/2023; M. PANE, *Controllo concomitante e ruolo svolto dalla sezione generale di controllo sulla gestione*, in *Salvis Juribus*, febbraio 2024; V.R. IBBA, *Il sistema dei controlli amministrativi quale punto di equilibrio tra tutela delle risorse pubbliche e legittimo affidamento del privato in caso di adozione di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, alla luce del dovere bilaterale di collaborazione e correttezza, secondo la sentenza n. 688/2024 del Consiglio di Stato*, in Riv. Corte conti n. 1, 2024; V. RAELI, *La responsabilità amministrativa dopo la L. 7 gennaio 2026, n. 1*, in *Danno e responsabilità*, in corso di pubblicazione; G. RIVOSECCHI, *Stato costituzionale e separazione dei poteri alla prova della riforma della Corte dei conti*, in *federalismi.it*, 5/2026; L. MERCATI, *Gli antidoti alla "paura della firma"*, in *www.diariodidirittopubblico.it*, 11 marzo 2026.

⁴ Lo scudo erariale previsto dall'articolo 21, comma 2, del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), impone che *la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, sia limitata ai casi in cui la produzione del danno, sia conseguente alla condotta dolosamente voluta dal soggetto agente e che tale condotta dolosa sia configurabile, quindi non accede ad alcuna limitazione di responsabilità, "per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente"*.

del Parlamento europeo del 6 novembre 2023⁵) nel senso che resta fermo sul PNRR il controllo sulla gestione, di cui all'art. 7, comma 7 del d.l. n. 77 del 31 maggio 2021 (convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n. 108), laddove i controlli concomitanti vengono già esercitati, nel caso del PNRR, dalla Commissione UE.

In realtà, è possibile ricavare una diversa *ratio* alla base della norma, che si cercherà di illustrare in queste pagine; una diversa lettura della *ratio legis*, supportata, potrebbe dirsi, dalla circostanza per la quale il c.d. scudo erariale, consistente nella limitazione della responsabilità amministrativa per danno erariale alle sole ipotesi di condotte commissive dolose, ascrivendo rilevanza alla colpa grave per le sole condotte omissive (art. 21, c. 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76), dichiaratamente nato per combattere la c.d. paura della firma e la burocrazia difensiva, trova oggi un valido sostituto nella legge 7 gennaio 2026, n. 1, in GU n. 4 del 2026 rubricata "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, e altre disposizioni nonché delega al Governo in materia di funzioni della Corte dei conti e di responsabilità amministrativa e per danno erariale"⁶.

Il nuovo intervento legislativo elimina lo scudo erariale e prevede, una *sostituzione* di questa forma di alleggerimento della responsabilità, ai dichiarati fini dell'abbattimento del fenomeno della burocrazia difensiva, intervenendo a valle della responsabilità stessa, nel momento del suo controllo quindi, sulle *funzioni* attribuite alla Corte dei conti. Procedendo in questo modo, la legge si direbbe minare "*la tipicità delle funzioni della Corte dei conti fondate sugli artt. 100 e 103 Cost. e, conseguentemente, il principio della separazione dei poteri*"⁷, sol che si ponga mente alla circostanza per la quale, all'art. 3 si disciplina la delega al governo in materia di riorganizzazione e riordino delle funzioni della Corte dei conti e colà, tra l'altro, si "*prevede tra i principi e i criteri direttivi il divieto di passaggio*

⁵ Interrogazione parlamentare del Parlamento europeo E-002517/2023 (ASW).

⁶ Cfr. l'analisi di L. MERCATI, *Gli antidoti alla 'paura della firma*, cit., la quale rileva che se è vero che la delega al governo lasci "*presagire effetti dirompenti sull'organizzazione e sull'attività della Corte dei conti*", è pur vero che "*sono comunque numerose e radicali le modifiche apportate alla disciplina dei controlli e della responsabilità amministrativo-contabile, nonostante le perplessità espresse al riguardo da autorevoli audizioni presso le Commissioni riunite I e II della Camera (es. Luciani, Rivoecchi), dal parere della Corte dei conti (Sez. Riun. in sede consultiva, n. 3/2024) e dalle opinioni fortemente contrarie manifestate attraverso gli organi di stampa dalla magistratura contabile (cfr. ad es., D. CENTRONE, La troppa fretta di cambiare la Corte dei Conti, in *Il Sole24ore*, 18 dicembre 2025)*".

⁷ G. RIVOECCHI, *Stato costituzionale e separazione dei poteri alla prova della riforma della Corte dei conti*, in *federalismi.it*, n. 5/2026, xxii.

dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti e l'organizzazione, sia a livello centrale che territoriale, in sezioni abilitate a svolgere unitariamente funzioni consultive, di controllo, referenti e giurisdizionali”⁸.

Peraltro, la legge n. 1/2026, modificando gli artt., 1 e 3 della l. n. 20/1994 (*«Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti»*) interviene sull'istituto della colpa grave, tipizzandone una forma, sulla presunzione di buona fede in capo agli organi politici, allorché gli atti siano stati *«proposti, vistati o sottoscritti dai responsabili degli uffici tecnici o amministrativi, in assenza di pareri formali, interni o esterni, di contrario avviso»*; ancora sull'obbligo dell'esercizio del potere riduttivo e sulla fissazione di un 'tetto' al *quantum* del risarcimento; introduce nuove regole per la fissazione del *dies a quo* per la prescrizione; infine, introduce nuove cause di esclusione della responsabilità per colpa grave nel caso in cui il controllo preventivo di legittimità si sia positivamente svolto, oppure se l'atto si sia conformato a pareri della Corte dei conti.

2. La garanzia degli interessi finanziari dell'UE nel regolamento 241/2021

Chiarito, tra luci ed ombre dell'ondivaga attribuzione di funzioni alla Corte dei conti, il ruolo della Corte dei conti Italiana, nel più ampio sistema di controlli predisposto in sede Ue, occorre partire riprendendo l'incipit del Regolamento UE n. 241/2021, per evidenziare che esso impone agli Stati membri di garantire la tutela degli interessi finanziari dell'UE, attraverso la predisposizione di un sistema di controlli che si concentri, in particolare, sulla prevenzione, individuazione e rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi. “A tal fine”, prosegue l'art. 22, “gli Stati membri prevedono un sistema di controllo interno efficace ed efficiente” e provvedono al recupero degli importi erroneamente versati o utilizzati in modo non corretto”.

Sebbene la norma specifichi che *gli Stati membri fanno affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio*, va rilevato che il sistema dei controlli sui fondi comunitari e, in particolare, sui fondi del *dispositivo* (ossia dei PNRR degli Stati membri) è presidiato da un articolato Si.Ge.Co (Sistema di gestione e controllo), con attori e funzioni specificamente previsti e disciplinati⁹ nel successivo Regolamento UE 1060/2021.

⁸ Così ancora L. MERCATI, *Gli antidoti*, cit., riferendosi ai diversi contributi sulla stampa dedicata, tra cui G. RIVISECCHI, *Stato costituzionale*, cit.

⁹ Cfr., in particolare, il Titolo VI del Reg. UE 1060/2021 “Gestione e controllo”, ove

In quest'ultimo atto normativo emerge in tutta evidenza l'importanza della collaborazione tra le istituzioni, spesso articolata in protocolli d'intesa, come confermato in ambito nazionale, ad esempio, dal modificato art. 7, comma 8 del d.l.77/2021, ove si invitano "le regioni, le province autonome, gli enti locali e gli altri soggetti pubblici che provvedono alla realizzazione degli interventi previsti dal PNRR" a stipulare specifici protocolli d'intesa con la Guardia di Finanza, ai fini del rafforzamento delle attività di controllo, anche finalizzate alla prevenzione ed al contrasto della corruzione e delle frodi, nonché ad scongiurare i conflitti di interesse ed il rischio di doppio finanziamento pubblico.

Occorre evidenziare una distinzione importante tra i diversi programmi di finanziamento, che incide sulle differenti tipologie di controlli, accompagnate, ciascuna da una specifica *ratio* che si direbbe poggiare sul *trend* normativo, inaugurato proprio dalle norme di attuazione del nostro PNRR: quello del depotenziamento della responsabilità del funzionario nell'ambito delle scelte effettuate sul potere di spesa e del c.d. scudo erariale, oggi sopito nelle maglie della legge n. 1/2026.

3. *Brevi note sui programmi di finanziamento, sul sistema dei controlli e delle responsabilità sulla collaborazione tra istituzioni*

I regolamenti UE fanno riferimento alle due tipologie di fondi di finanziamento: quelli a gestione diretta che erogano finanziamenti diretti su specifici programmi tematici e quelli a gestione concorrente che erogano finanziamenti agli Stati membri che li gestiscono con Programmi approvati dall'UE.

I primi (fondi a gestione diretta: es. Horizon Europe, Life, Erasmus) sono gestiti direttamente dalla Commissione UE, che si occupa (eventualmente servendosi dell'organismo che la rappresenta) del trasferimento ai beneficiari del denaro, in base al progetto tematico approvato ed ammesso al finanziamento dalla stessa Commissione che procede alla selezione del beneficiario e all'assegnazione delle risorse, nonché alla gestione dei controlli e degli audit.

La Commissione si avvale della collaborazione delle istituzioni anche

vengono specificate le funzioni e le responsabilità degli Stati membri e della Commissione, nonché le funzioni dell'Autorità di gestione e controllo, degli audit e degli organismi intermedi, definiti, questi ultimi, dall'art. 2, n. 8 come "un organismo pubblico o privato che agisce sotto la responsabilità di un'autorità di gestione o che svolge compiti o funzioni per conto di questa autorità".

regionali dello Stato membro interessato, sulla base di protocolli d'intesa stipulati tra Presidenza del Consiglio, Ministero delle Finanze e Dipartimenti interessati, nonché con l'ente Regione che percepisce i fondi e/o ne gestisce l'erogazione ai beneficiari selezionati (es. i bandi "Io resto al Sud").

I fondi a gestione indiretta o concorrente riguardano la programmazione europea con fondi strutturali (FERS Fondo europeo di sviluppo regionale, FSE Fondo sociale europeo e Fondo di coesione) che attingono ai 3 pilastri della politica di coesione, sociale, economica e territoriale e sono dedicati a singoli territori con impatto locale, ossia a progetti non selezionati dalla Commissione, bensì dagli Stati membri e dalle Regioni, che percepiscono i fondi europei, coordinando la governance dei fondi e dei programmi (es. PON).

Entrambi questi sistemi di finanziamento con fondi provenienti dall'UE trovano disciplina in 4 regolamenti UE del 2021 e 1 del 2018¹⁰.

3.1. *Segue. I controlli*

Ebbene il Si.Ge.Co. prevede due livelli di controllo che trovano disciplina nel Regolamento UE 1060 del 2021:

A) i controlli di I livello che, a partire dalla programmazione 2021-27, consistono in verifiche di gestione: effettuate nel rispetto del principio della separazione delle funzioni di gestione e controllo (art. 71 Reg. UE 1060/2021), sono basate sulla valutazione dei rischi e proporzionate ai rischi individuati *ex ante* e per iscritto. Le verifiche di gestione sono di competenza dell'Autorità di Gestione del singolo Programma Operativo o dell'Organismo intermedio designato, tramite accordi e protocolli d'intesa, per lo svolgimento di determinate parti del Programma Operativo. Preme evidenziare che in questi controlli la valutazione del rischio *ex*

¹⁰ Per i fondi strutturali 2021-2027 si vedano il Regolamento (UE) 2021/1060 recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale al Fondo sociale europeo Plus al Fondo di coesione... ed altri Fondi, il Regolamento(UE) 2021/1058 relativo al Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR) e al Fondo di coesione (FC), il Regolamento(UE) 2021/1057 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, che istituisce il Fondo sociale europeo Plus (FSE+), infine, il Regolamento (UE) 2021/1059 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021 recante disposizioni specifiche per l'obiettivo «Cooperazione territoriale europea» IINTERREG sostenuto dal Fondo europeo di sviluppo regionale FESR e dagli strumenti di finanziamento esterno. Per i fondi non strutturali, il Regolamento (UE) 2018/1046 Regolamento finanziario dell'UE, la base di tutta la regolamentazione dei fondi non strutturali e il Regolamento (UE) 2021/241 regolamento che istituisce il PNRR.

ante (si tratta, infatti di un controllo che viene svolto prima della presentazione dei conti), svolta attraverso sistemi sofisticati di analisi del rischio, incide in modo assai pregnante sulla riduzione di controlli *ex post*.

Questi sistemi di analisi del rischio si basano su un'analisi professionale di rischio da parte degli istruttori/controllori che si incentra su due fonti di dati:

- sui risultati dei controlli precedenti (riportati negli *annual summaries*)
- su sistemi informativi in grado di dare ulteriori informazioni di rischio attraverso gli strumenti di *allert* ARACHNE e PIAF (Anti-fraud System IT Platform e Piattaforma integrata antifrode). Si tratta di strumenti informatici integrati per l'estrazione e l'arricchimento dei dati, sviluppati dalla Commissione europea, con l'obiettivo di sostenere le autorità di gestione nello svolgimento dei controlli amministrativi e di gestione nell'ambito dei fondi strutturali.

Rientrano, inoltre nei controlli di I livello le verifiche sui conti dell'ufficio con funzione contabile (l'Organismo che svolge funzioni contabili all'interno di una divisione o direzione o dipartimento) che si occupa delle verifiche in fase di certificazione della spesa ed è responsabile della contabilità speciale e delle verifiche in fase di pagamento.

B) I controlli di II livello sono invece attuati dalle Autorità di Audit, responsabili di verificare il funzionamento efficace del Si.Ge.Co., nonché la legittimità e la regolarità della spesa inclusa nei conti annuali predisposti per ciascun programma.

Questo sistema di controlli è supportato da altrettante verifiche presidiate dagli organismi di audit:

- audit di sistema: verifica sull'effettiva attuazione delle procedure del SiGeCo –test di conformità;
- audit sulle operazioni: verifica a campione effettuata attraverso la revisione delle verifiche di gestione per la determinazione del tasso di errore sui conti annuali;
- audit sui conti: diretti a verificare la completezza, veridicità e accuratezza del rendiconto.

In questa categoria si annoverano anche i controlli di altri organismi dell'UE: le unità di audit della Commissione Europea, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode OLAF e EPPO, la Corte dei conti UE, ai quali dedicheremo qualche nota più avanti).

Infine, a questo sistema di controlli, si aggiungono i controlli previsti dall'ordinamento nazionale, svolti attraverso forme indispensabili di collaborazione tra istituzioni:

- RGS (Ragioneria Generale dello Stato) – IGRUE (Ispettorato

Generale per i Rapporti finanziari con l'UE, dotato di un ufficio dirigenziale avente anche specifiche funzioni di audit del PNRR)

- Verifiche della Guardia di Finanza
- Verifiche ANAC
- Verifiche della Corte dei conti italiana

3.2. Segue. I controlli e la collaborazione di e tra altre Autorità

Ulteriori controlli operati da altre autorità od organismi hanno natura eventuale e, come avviene per le autorità di Audit, possono operare a diversi livelli di attuazione di un programma, anche in ragione delle competenze dell'organo controllante. Si tratta di controlli che vengono effettuati allorché dallo svolgimento del Si.Ge.Co. appena illustrato, risultino operazioni illecite (art. 70 e 104 Reg. UE 1060/2021). Ipotesi che comporta l'attivazione del circuito di autorità competenti che, attraverso un sistema di collaborazione che potremmo definire circolare, intervengono ai fini della repressione dei comportamenti illeciti e del ripristino dell'ordine giuridico violato.

Nel circuito delle autorità istituite a presidio dell'erario pubblico, troviamo la Corte dei Conti europea che sottopone ad audit il bilancio UE, operando in collaborazione con OLAF, l'Ufficio europeo per la lotta antifrode che ha il potere di effettuare indagini amministrative, inclusi i controlli e le verifiche sul posto, per accertare eventuali frodi, casi di corruzione o altre attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Ue.

In conseguenza degli accertamenti effettuati l'OLAF interviene per la repressione dell'attività illecita rilevata, agendo in stretta collaborazione (basata sulla complementarità, sullo scambio di informazioni e sulla non duplicazione degli sforzi) con

EPPO, la Procura penale europea che svolge, a norma del regolamento (UE) 2017/1939, funzioni di indagine e repressione delle frodi e di altri reati che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, secondo quanto disposto dalla direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Tra OLAF ed EPPO si instaura un rapporto di collaborazione costante, imprescindibile baluardo di correttezza ed efficienza delle operazioni di controllo e repressione delle frodi che entrambe le autorità svolgono. Infatti, OLAF allorché rilevi nelle informazioni che analizza, elementi che facciano ritenere con sufficiente attendibilità l'avvenuta commissione di reati ai danni degli interessi finanziari UE, è tenuto a segnalarle

all'EPPO, offrendo il suo supporto nell'azione di repressione della criminalità rilevata, attraverso l'esecuzione di attività puntuali di acquisizione di elementi utili all'inchiesta penale, di analisi e partecipazione allo svolgimento delle operazioni di indagine condotte sotto la direzione e responsabilità dell'EPPO (collaborazione da parte di esperti, per l'acquisizione forense di supporti informatici e per l'analisi degli stessi). Una ulteriore forma di collaborazione tra le istituzioni coinvolte nelle indagini/attività repressive si svolge attraverso il coordinamento delle azioni specifiche delle autorità nazionali amministrative competenti e degli organi dell'Unione (casi di coordinamento in supporto dell'EPPO); nonché attraverso lo svolgimento di indagini complementari al fine di agevolare l'adozione di misure cautelari o di misure finanziarie, disciplinari o amministrative.

4. *Il complicato sistema dei controlli PNRR*

Quello dei controlli sul PNRR può dirsi sia un sistema assai articolato e complicato, esemplificabile in una strutturazione su 4 livelli.

Nel primo livello il sistema dei controlli PNRR opera integrando e cumulando le pratiche dei diversi sistemi di controllo fin qui esaminati, tipici dei fondi strutturali.

Si tratta di verifiche e controlli finalizzati a garantire la correttezza e la regolarità dei dati e delle informazioni da trasmettere al Servizio centrale per il PNRR presso Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del MEF. Questi controlli sono di competenza della Struttura tecnica di Coordinamento, con funzioni di controllo e rendicontazione presso il MEF.

Questi controlli si occupano di verificare la reale ed effettiva realizzazione degli interventi o delle attività finanziate nell'ambito delle misure (investimenti e/o riforme) di pertinenza dello Stato membro interessato (i); la regolarità delle spese relative agli interventi finanziati e la conformità di tali spese ai dispositivi di attuazione europei e nazionali applicabili(ii); la capacità degli interventi finanziati di contribuire al raggiungimento di milestone e target previsti dal Piano approvato dalla Commissione europea (iii).

Un secondo livello di controllo si sostanzia nelle cc.dd. verifiche formali al 100%, relative alla correttezza e completezza dei dati e della documentazione amministrativa, tecnica e contabile, a comprova dell'avanzamento delle spese, di target e milestone, inseriti dai soggetti attuatori nel sistema informatico. La verifica impinge anche sulla coerenza

dei dati inseriti con lo stato di avanzamento del progetto e comprende anche l'accertamento dell'avvenuto controllo ordinario interno di tipo amministrativo-contabile di competenza dei sistemi di controlli dello Stato membro, chiamato a collaborare per agevolare lo svolgimento delle verifiche al 100%.

Un terzo livello di controlli riguarda i controlli amministrativi (anche a campione) sulla regolarità delle spese e delle relative procedure rendicontate dai soggetti attuatori ed elaborate sulla base di un'accurata analisi dei rischi.

Sono controlli amministrativo-documentali on desk (accompagnati da eventuali approfondimenti in loco) finalizzati, in particolare, ad attestare la *correttezza* e la *conformità* alla normativa di riferimento delle procedure di gara/affidamento adottate per l'attuazione dello specifico intervento, nonché l'*effettività*, la *legittimità* e l'*ammissibilità* delle spese sostenute e rendicontate dai soggetti attuatori. La procedura di campionamento deve basarsi su un'analisi dei rischi attraverso l'utilizzo del sistema ARACHNE, al fine di individuare i soggetti che il sistema europeo antifrode indica come a rischio elevato o significativo, in particolare in relazione ai casi di frode, corruzione e conflitto di interessi.

Si tratta, quindi, delle verifiche di gestione affrontate nei controlli di I Livello.

Infine, l'ultimo livello è rappresentato dalle verifiche target e milestone.

Sono verifiche al 100% finalizzate ad accertare l'avanzamento di target e milestone (quando questi sono associati al progetto), attraverso l'esame della documentazione comprovante l'*effettivo raggiungimento/conseguimento* dei valori/obiettivi dichiarati, nonché la loro *referibilità*, *congruità* e *coerenza* rispetto ai *cronoprogrammi attuativi* degli interventi, nel rispetto dell'Allegato alla Decisione di Esecuzione del Consiglio 10160 del 7 luglio 2021 e degli Accordi Operativi (*Operational Arrangements*), accordi di collaborazione tra istituzioni, concordati con la Commissione europea.

5. La collaborazione e le competenze

Preme evidenziare che la maggiore novità in tema di controlli nel piano di finanziamento 2021-2027 è legata alla "natura" del PNRR che è un piano *performance based*: non un piano che richiede un controllo sulla spesa effettiva, rispetto al finanziamento ricevuto, bensì, i finanziamenti derivanti dal PNRR, ricevono un controllo sugli obiettivi conseguiti, sic-

ché i controlli di legittimità della Corte dei conti ed i controlli di gestione sono diretti a verificare se, rispetto al finanziamento ottenuto, sia stato *raggiunto l'output* “programmato”.

La GdF, invece, opera sulle misure di contrasto e repressione, quindi interviene allorché sia verificata (non soltanto ove si sospetti) la presenza di irregolarità nella spesa e nelle modalità operative, irregolarità che attivano le misure di contrasto. La GdF, quindi, verifica a monte se l'operazione (o il progetto che dir si voglia) ammessa al finanziamento, sia dotata *ab origine* dei criteri, dei requisiti per l'ammissione al finanziamento e se le procedure di evidenza pubblica attuate e gli appalti aggiudicati, abbiano rispettato i requisiti previsti dal bando e, ancora, se in quest'ultimo siano confluite correttamente le disposizioni normative nazionali e le disposizioni normative UE.

Tutte queste verifiche e controlli non potrebbero mai avere l'efficacia di cui invece necessitano, ove non ci fosse una effettiva e costante collaborazione istituzionale, a volte articolata in appositi protocolli d'intesa, stipulati tra le istituzioni comunitarie e nazionali o in incontri e colloqui bi/trilaterali. Ciascuno attenendosi alle proprie competenze: accertata dal Nucleo speciale di repressione frodi, tramite le unità di audit e gli altri organismi coinvolti, l'irregolarità, la frode o il conflitto di interessi, gli organi di polizia (GdF) provvedono al contrasto e alla repressione.

Diverse sono le competenze delle Corti dei conti italiana ed europea che svolgono controlli di legittimità e sulla gestione, sebbene della Corte italiana, come rilevato in sede introduttiva, è stata depotenziata e limitata (potrebbe dirsi del tutto sospesa) l'attività di controllo concomitante sull'attuazione del PNRR, cioè quel meccanismo di monitoraggio “in itinere” – controllo in corso di gestione – da parte della Corte sui “ritardi” e sulle “irregolarità gestionali” nell'attuazione del Piano. Controllo, attivabile su richiesta delle commissioni parlamentari, che era stato introdotto dal decreto Semplificazioni del 2020 (n. 76/2020) e modificato fino al totale depotenziamento del controllo concomitante e in favore del solo controllo successivo sulla gestione dall'art. 7 d.l. 77/2021¹¹.

¹¹ Sui 2 tipi di finanziamento (a gestione diretta e concorrente) cambiano i controlli e viene rafforzata la collaborazione tra istituzioni: quanto ai fondi a gestione diretta, gestiti direttamente dalla Commissione, quest'ultima può incaricare lo Stato membro dello svolgimento di determinate verifiche, in via soltanto collaborativa, visto che la responsabilità della gestione diretta ricade interamente in capo alla Commissione. Al contrario, sui fondi a gestione indiretta o concorrente, la responsabilità della gestione e dei controlli ricade in capo allo Stato membro, anche quando questo deleghi la gestione, in via di collaborazio-

6. *Riflessioni conclusive*

Il rilevante depotenziamento del controllo della Corte dei conti risponde alla struttura *performance based* del PNRR. Con esso si è inaugurata una diversa concezione del controllo che non impinge sulle modalità di spesa, rimettendo la relativa decisione alla discrezionalità del soggetto che la effettua, bensì sul principio della performance, del raggiungimento degli obiettivi nei tempi previsti a tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Si percepisce una forte similitudine con il principio del risultato di cui al primo articolo del d.lgs. 36 del 2023, ove si definisce il risultato come un criterio prioritario, presidiato dai principi generali che regolano l'azione amministrativa, per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

Un'inversione di tendenza epocale, neanche si direbbe limitata nel tempo, bensì confermata e istituzionalizzata nella legge n. 1 del 2026: nonostante il ponderoso incremento della discrezionalità amministrativa, anche quanto alle scelte relative al potere di spesa, vengono ridotti significativamente i controlli interni, in particolare quelli appannaggio della Corte dei conti.

È sempre stato il contrario: con l'aumento dell'attività amministrativa (si pensi all'istituzione delle Regioni e alla contestuale immediata entrata in funzione dei TAR, al Co.re.co, ecc.) e della discrezionalità amministrativa, si è palesata l'esigenza di dotare il sistema dei controlli sulla spesa pubblica, di strumenti sempre maggiori. Oggi l'ordinamento giuridico è costellato di norme che esprimono – volenti o nolenti – fiducia verso l'amministrazione pubblica, verso la sua capacità di agire bene, di generare buona amministrazione, raggiungendo i risultati, perseguendo gli obiettivi. La mano del legislatore è sempre più governata dal principio del risultato, sicché ci si *affida* all'attività amministrativa discrezionale, persino alla spesa non corretta, purché il risultato sia conseguito come da programma e da cronoprogramma.

Peraltro, con il sistema di controlli sui programmi di finanziamento 2021-2027 da un lato si rafforza la collaborazione tra istituzioni, al fine di ottenere adeguate verifica e gestione del rischio, nonché adeguati

ne, all'autorità di gestione che effettua anche i controlli di I livello. Quest'ultima autorità può essere statale (Amministrazione centrale dello Stato o Dipartimento della Presidenza del Consiglio), laddove il programma di finanziamento sia statale; se il programma è regionale l'Autorità di gestione può essere un Dipartimento regionale che ha ricevuto la delega dalla Commissione.

controlli *performance based* sulla efficiente gestione della spesa pubblica, dall'altro si responsabilizzano le istituzioni nazionali affinché effettuino le opportune verifiche (audit) e i controlli, al contempo responsabilizzando i percettori pubblici e privati dei finanziamenti europei, affinché agiscano nel rispetto della normativa e dei principi (si pensi al DNSH) che reggono l'ordinamento interno e quello UE.

Occorre, d'altro canto, evidenziare come il sistema dei controlli di I grado abbia manifestato preoccupanti carenze, proprio in ragione dell'imperante principio del raggiungimento degli obiettivi di spesa che governa l'azione delle autorità di gestione, confinando su uno sfondo (piuttosto sfocato) la verifica dell'effettivo possesso da parte dei richiedenti dei requisiti per accedere ai finanziamenti PNRR. Si assiste quindi a situazioni sempre più frequenti in cui i beneficiari di interventi che dovrebbero contribuire a rivitalizzare l'economia finiscono per essere appannaggio di soggetti collegati a organizzazioni criminali: l'utilizzo di società di comodo e di fatture relative ad operazioni inesistenti o emesse per importi fortemente sovrastimati sono gli strumenti più utilizzati per realizzare queste frodi. Si ritiene che lo strumento migliore per indurre ad una maggiore precauzione le autorità preposte al controllo e alla repressione delle frodi, possa agevolmente rintracciarsi nel rafforzamento degli strumenti di leale collaborazione tra istituzioni con l'esecuzione da parte loro di controlli elementari preventivi, capace di attenuare significativamente queste criticità, accedendo a margini di miglioramento sensibili e senz'altro auspicabili.

Los controles sobre los sistemas de IA: la gobernanza – AI systems control: governance

MARTÍN M. RAZQUIN LIZARRAGA

SUMARIO: Introducción. Protección de datos personales y cooperación. – 2. Las autoridades de control en el RIA. Reparto competencial y cooperación. – 3. Autoridades de control sobre IA de la unión europea. – 3.1. Comisión europea: la oficina de IA. – 3.1.1. Competencias de ejercicio directo. – 3.1.2. Competencias de ejercicio por medio de la oficina de IA. – 3.2. Comité europeo de inteligencia artificial. – 3.2.1. Caracteres. – 3.2.2. Composición y organización. – 3.2.3. Funciones. – 3.3. Foro consultivo. – 3.4. Grupo de expertos científicos. – 4. El supervisor europeo de protección de datos: modelo unificado. – 5. Autoridades nacionales sobre IA. – 5.1. Autoridades sectoriales y modelo dual de autoridades nacionales. – 5.2. Configuración y características generales de las autoridades nacionales. – 5.3. Autoridad nacional de vigilancia del mercado. – 5.3.1. Libertad de elección de modelo de autoridad de vigilancia del mercado. – 5.3.2. Competencias de la autoridad de vigilancia del mercado. – 5.3.3. Poderes de la autoridad de vigilancia del mercado. – 5.4. Autoridades notificantes. – 5.4.1. Introducción: la evaluación de conformidad. – 5.4.2. Autoridad notificante. – 5.4.3. Organismos notificados. – 5.5. El caso español: la agencia española de supervisión de la inteligencia artificial (AESIA). – 5.5.1. Concepción y enfoque de la AESIA. – 5.5.2. Funciones. – 5.5.3. Dotación de recursos financieros y humanos. – 6. Las autoridades en materia de protección de datos. – 6.1. Autoridades de protección de datos de la UE. – 6.1.1. Competencias de la comisión europea. – 6.1.2. Comité europeo de protección de datos. – 6.1.2.1. Composición y organización. – 6.1.2.2. Competencias. – 6.2. Autoridades nacionales de protección de datos. La agencia española de protección de datos. – 6.2.1. El modelo de autoridad nacional de protección de datos en el RGPD. – 6.2.2. Competencias atribuidas por el RIA a las autoridades de protección de datos. – 6.2.3. La agencia española de protección de datos. – 7. Otras autoridades que inciden en los sistemas de IA. Servicios y mercados digitales. – 8. Conclusiones. – 9. Bibliografía.

1. *Introducción. Protección de datos personales y cooperación*

Como señala el Considerando 28 del RIA¹ los efectos de los sistemas de IA pueden ser beneficiosos, pero también perjudiciales para las per-

¹ Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio, publicado en el DOUE de 12 de julio de 2024.

sonas, en especial, por afectar negativamente a sus derechos fundamentales, a su seguridad y a su salud.

Es, por ello, que el RIA ha efectuado una regulación de los sistemas de IA basada en el riesgo diferenciando entre: sistemas prohibidos, sistemas de alto riesgo y sistemas de bajo o nulo riesgo².

Mientras los sistemas que suponen un riesgo inadmisibile quedan prohibidos, aunque con las excepciones establecidas en el art. 5 RIA, los sistemas de alto riesgo pueden ser introducidos en el mercado y utilizados siempre que cumplan los requisitos establecidos por el RIA, singularmente la evaluación de conformidad que acredita el cumplimiento de estos requisitos y permite contar con la declaración y marca UE.

El RIA supone la existencia de otras normas del ordenamiento jurídico de la UE, que disciplinan materias vinculadas a la IA, como la protección de datos de carácter personal, la regulación de productos, o el comercio electrónico³.

Por referirse al ámbito con el que mantiene una conexión más estrecha, cabe afirmar que el RIA no constituye una excepción a la aplicación de la normativa de protección de datos personales (RGPD y Directiva 2016/680), que tiene una aplicación paralela a la del RIA. No obstante, el RIA incluye preceptos que inciden directamente en la protección de los derechos fundamentales. Por un lado, el RIA, en diversos preceptos, da por descontado que los sistemas de IA tienen que cumplir los requerimientos de esta normativa, siendo la impuesta por el RIA de carácter adicional.

Así el art. 2.7 señala al respecto: “El Derecho de la Unión en materia de protección de los datos personales, la intimidad y la confidencialidad de las comunicaciones se aplicará a los datos personales tratados en relación con los derechos y obligaciones establecidos en el presente Reglamento. El presente Reglamento no afectará a los Reglamentos (UE) 2016/679 o (UE) 2018/1725 ni a las Directivas 2002/58/CE o (UE)

² Algunos autores, consideran que hay una cuarta categoría que es la de sistemas de IA de riesgo limitado, ahora recogido en el art. 50, para los que se imponen obligaciones de transparencia (J. VIDA FERNÁNDEZ, “La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial”, p.p. 501 y 502; y DE MIGUEL ASENSIO, cit., p. 3 y 4).

³ J. VIDA FERNÁNDEZ afirma que “en el ámbito de la Unión Europea los sistemas de inteligencia artificial quedan sometidos a numerosos bloques normativos, que pueden ordenarse de la siguiente manera conforme a un criterio de especificidad concluyendo con los más generales” (cit., p. 499). Así también DE MIGUEL ASENSIO habla de la interacción del RIA con otros instrumentos (cit., pp. 5 y 6).

2016/680, sin perjuicio del artículo 10, apartado 5, y el artículo 59 del presente Reglamento”.

Por su parte, el art. 27 exige para determinados sistemas de IA de alto riesgo, una evaluación de derechos fundamentales, que complementará, en su caso, la evaluación de protección de datos personales que ya haya realizado (apartado 4).

También en otros preceptos, de forma puntual, el RIA establece la primacía de las disposiciones de la normativa sobre protección de datos personales: arts. 19.1 y 26.6 (plazo de conservación de los archivos de registro generados automáticamente), art. 26.9 (uso por los responsables del despliegue de la información para la evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales), art. 49.3 en relación con el Anexo VIII. Sección C.5 (presentar en el registro un resumen de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos), y art. 59.1 e) y f) y 3 (tratamiento posterior de los datos personales a utilizar en un espacio controlado de pruebas).

Sin embargo, el RIA apuesta por un modelo de diferenciación de las autoridades sobre IA respecto de las ya existentes autoridades de control encargadas de protección de datos, previstas en el RGPD y en la Directiva (UE) 2016/680.

El RIA sigue el modelo del Reglamento (UE) 2019/1020 de productos, cuya cercanía se evidencia en materia de gobernanza⁴.

Así pues, la introducción en el mercado, comercialización, y uso de sistemas de IA, cuando estén permitidos, requiere una vigilancia y control continuados que van a ser realizados por las autoridades y organismos tanto de la UE como de los Estados miembros, previstos específicamente en el RIA.

Se crea, por tanto, un sistema de reparto de responsabilidades y de cooperación, entre la UE y los Estados miembros⁵, que viene explicitado en el Capítulo VII del RIA titulado “Gobernanza”. No obstante, este sistema de reparto se rompe cuando se trata de los sistemas o modelos de IA de uso general, cuya supervisión y control se deja en manos de la Comisión Europea, de lo que son buen ejemplo el art. 75.1 que prescribe que en estos casos de autoridad de vigilancia del mercado lo será la

⁴ DE MIGUEL ASENSIO advierte de este seguimiento del modelo del Reglamento de productos (p. 2).

⁵ El Considerando 153 afirma que “los Estados miembros desempeñan un papel clave en la aplicación y ejecución del presente Reglamento”.

Oficina de IA, y también porque la competencia para imponer sanciones respecto de estos sistemas o modelos de uso general corresponde a la Comisión (art. 101).

El art. 88.1 RIA establece esta exclusividad competencial a favor de la Comisión (y de la Oficina de IA): “La Comisión tendrá competencias exclusivas para supervisar y hacer cumplir el capítulo V, teniendo en cuenta las garantías procedimentales previstas en el artículo 94. La Comisión debe confiar la ejecución de estas tareas a la Oficina de IA, sin perjuicio de las competencias de organización de la Comisión y del reparto de competencias entre los Estados miembros y la Unión en virtud de los Tratados”.

Por otro lado, una de las grandes preocupaciones de las Instituciones de la UE, y que ha estado presente de forma palmaria en los debates entre estas Instituciones, los llamados trílogos, es la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas, lo que se advierte por las continuas referencias del RIA tanto al RGPD como a la Directiva 2016/680.

Todo ello muestra un doble entramado de control, que a menudo se superpone, de lo que ofrece un buen ejemplo el art. 77 RIA referido a los poderes de las autoridades encargadas de proteger los derechos fundamentales.

Cabe advertir que en la fase legislativa se ha modificado de forma casi total este Capítulo VII. En la propuesta de la Comisión sólo se preveía la creación del Comité Europeo de Inteligencia Artificial. Ahora aparecen nuevos organismos como la Oficina de IA, el Foro Consultivo o el Grupo de Expertos⁶. Por otra parte, en las Autoridades nacionales competentes se hacía referencia a una autoridad nacional de supervisión, mientras ahora desaparece dicha referencia para sólo contemplar como mínimo (“al menos”) dos autoridades: una autoridad notificante y una autoridad de vigilancia del mercado.

2. *Las autoridades de control en el RIA: reparto competencial y cooperación*

La propuesta de RIA de la Comisión Europea sólo preveía un único organismo de gobernanza a nivel europeo, y otro a nivel de los Estados miembros, siguiendo el modelo establecido en materia de protección de

⁶ Así lo explica el Considerando 148 de RIA.

datos personales por el RGPD⁷. Sin embargo, esta propuesta ha recibido un cambio muy notable en la fase legislativa.

El RIA en su Capítulo VII regula las autoridades de control, diferenciando aquellas que lo son a escala de la UE y las de los Estados miembros.

Por otra parte, se trata de un sistema de gobernanza diferenciado del previsto por el RGPD, que tiene sus propios organismos, el CEPD y las autoridades independientes nacionales de protección de datos.

El sistema de control sobre los sistemas de IA está basado en un reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros⁸, establecido de forma imperfecta:

- 1) La Comisión se reserva la competencia sobre los sistemas y modelos de IA de uso general.
- 2) Las competencias sobre los demás sistemas de IA se atribuyen a los Estados miembros (a las autoridades nacionales), aunque con importante intervención de la Comisión.

Este reparto de competencias obliga a una coordinación que es tanto de tipo organizativo como funcional⁹. Se ha creado un órgano de coordinación a nivel europeo, como el Comité Europeo de Inteligencia Arti-

⁷ COTINO HUESO y otros afirman al respecto: “Se utiliza una fórmula de Gobernanza similar a la del RGPD con el objetivo de facilitar una aplicación fluida, eficaz y armonizada del Reglamento, así como contribuir a la cooperación entre autoridades nacionales y europeas (Comité Europeo de IA) de supervisión, tanto entre sí como con la Comisión” (“Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)”, p. 12).

⁸ El Considerando 161 afirma, en su primera parte, lo siguiente: “Es necesario aclarar las responsabilidades y competencias a escala de la Unión y nacional en lo que respecta a los sistemas de IA que se basan en modelos de IA de uso general. Para evitar el solapamiento de competencias, cuando un sistema de IA se base en un modelo de IA de uso general y el modelo y el sistema sean suministrados por el mismo proveedor, la supervisión debe llevarse a cabo a escala de la Unión a través de la Oficina de IA, que debe tener a estos efectos las facultades de una autoridad de vigilancia del mercado en el sentido de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/1020. En todos los demás casos, serán responsables de la supervisión de los sistemas de IA las autoridades nacionales de vigilancia del mercado”.

⁹ HERNÁNDEZ PEÑA afirma al respecto: “Para implementar el marco comunitario se establece un sistema de gobernanza multinivel que incluye estructuras de cooperación entre la Comisión, los Estados miembros y una pléyade de instituciones u organizaciones a las que se les atribuyen funciones relacionadas con la IA. Se trata, no obstante, de una fórmula de coordinación integrada dentro de la administración compartida europea, donde autoridades y organismos de nueva creación, comités diversos y grupos de trabajo se interrelacionan mediante sistemas de intercambio de información y complejos proce-

ficial. También en numerosos preceptos se otorgan funciones de coordinación a la Comisión, que supervisa algunos aspectos de las actuaciones de las autoridades nacionales sobre los sistemas de IA. En todo caso, debe ser una coordinación multinivel entre las instituciones, órganos y organismos de la UE y los Estados miembros, así como dentro de la UE entre toda la variada estructura organizativa sobre IA que ahora se crea.

Este Capítulo VII será de aplicación a los 12 meses de la entrada en vigor del RIA, tras su publicación en el DOUE.

3. *Autoridades de control sobre IA de la unión europea*

La propuesta de la Comisión Europea contemplaba un único organismo de gobernanza a nivel de la UE (arts. 56-58). Era el Comité Europeo de Inteligencia Artificial (CEIA). Sin embargo, en la fase legislativa, aunque se ha mantenido el Comité, se han añadido otros órganos y organismos de gobernanza, entre los que destaca la Oficina de IA de la Comisión Europea, además del Foro Consultivo y el Grupo de Expertos Científicos¹⁰.

3.1. *Comisión europea: la oficina de IA*

Aunque el Capítulo VII no se refiere expresamente a ella, la primera autoridad de control es la Comisión Europea. El RIA le otorga importantes competencias no sólo para dictar actos legislativos (art. 97) y de ejecución del Reglamento tan importantes como la modificación del Anexo III de clasificación de los sistemas de alto riesgo, sino también otras funciones que aparecen a lo largo de su articulado.

La Comisión actúa en determinados supuestos de forma directa y, en otros, por medio de un órgano especializado, la Oficina de IA.

3.1.1. *Competencias de ejercicio directo*

A continuación, se va a realizar un análisis diferenciado de las competencias de la Comisión, examinándose en este epígrafe aquellas que el

dimientos de comunicación, consenso y resolución compartidas” (HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, p. 612).

¹⁰ C. NOVELLI, P. HACKER, J. MORLEY, J. TRONDAL, L. FLORIDI, detallan en un cuadro los cuatro órganos y organismos para señalar su estructura y composición, así como su misión y funciones (“A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities”, en <https://ssrn.com/abstract=4817755>, págs. 12-13).

RIA supone de ejercicio directo de la Comisión¹¹. Luego, en el siguiente epígrafe, se desarrollarán las competencias que la Comisión ejerce a través de la Oficina de IA.

Las principales competencias de la Comisión sobre IA se agrupan en tres epígrafes: actos delegados, actos de ejecución, y directrices.

El primer supuesto de competencias directas de la Comisión es el dictado de actos delegados, que puede aprobar en el ejercicio de la delegación que le concede el art. 97 RIA. Son poderes limitados en el tiempo (cinco años, con posibilidad de prórroga) como sometidos a revocación en cualquier momento por el Parlamento Europeo o por el Consejo, e incluso su entrada en vigor se pospone tres meses al objeto de que el Parlamento Europeo o el Consejo puedan formular objeciones.

El art. 97 se refiere a los diversos supuestos en los que la Comisión puede aprobar actos delegados. En su mayor parte se trata de modificar o actualizar los Anexos del RIA o introducir modificaciones en condiciones, circunstancias o umbrales señalados en determinados preceptos. Vienen justificados en la necesidad de adaptar el RIA al progreso técnico.

También se encomienda a la Comisión el dictado de actos de ejecución del RIA (art. 98). Para ello, la Comisión estará asistida de un Comité, formado por representantes de los Estados miembros y presidido por la Comisión Europea. En determinados casos (señalados expresamente en el RIA) se deberá seguir el procedimiento de examen que requiere que el Comité emita informe favorable para que la Comisión adopte un acto de ejecución. Ejemplos de actos de ejecución son los siguientes: establecimiento de especificaciones comunes (art. 41), aprobación de códigos de buenas prácticas (art. 50.7), aprobación de normas comunes a falta de códigos de buenas prácticas (art. 56.9), especificación de las disposiciones relativas a los espacios controlados de pruebas (art. 58 y 60), creación y funcionamiento del Grupo de expertos científicos independientes (art. 68), establecimiento de modalidades y condiciones de las evaluaciones (art. 93.6), y aprobación de procedimientos sancionadores para la imposición de multas (art. 101.6).

¹¹ C. NOVELLI, P. HACKER, J. MORLEY, J. TRONDAL, L. FLORIDI, efectúan una enumeración de las diferentes tareas y responsabilidades que debe asumir la Comisión europea en orden a implementar y aplicar el RIA: a) procedimientos; b) guías; c) clasificación (especialmente de los sistemas de IA de uso general como de riesgo sistémico); d) sistemas prohibidos; e) criterios de armonización y obligaciones para los sistemas de alto riesgo; f) información y transparencia; y g) aplicación ("A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities", en <https://ssrn.com/abstract=4817755>, págs. 7-11).

En tercer lugar, el art. 96 dispone que “la *Comisión elaborará directrices sobre la aplicación práctica del presente Reglamento*”, y seguidamente enumera una serie de preceptos sobre los que debe dictar dichas directrices.

Además de ello, el RIA está repleto de previsiones de otro tipo de competencias, tanto decisorias, como, sobre todo, de recepción de información y de notificaciones de todo tipo.

Por último, cabe resaltar que la Comisión mantiene un poder de control sobre el ejercicio de la potestad sancionadora por las autoridades nacionales competentes, y asimismo la Comisión es la competente para imponer multas administrativas a proveedores de modelos de IA de uso general (art. 101).

3.1.2. Competencias de ejercicio por medio de la Oficina de IA

El art. 2.47 RIA recoge más que una definición una descripción de la Oficina de IA en los siguientes términos: “la función de la Comisión consistente en contribuir a la implantación, el seguimiento y la supervisión de los sistemas de IA y modelos de IA de uso general, y a la gobernanza de la IA prevista por la Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2024; las referencias hechas en el presente Reglamento a la Oficina de IA se entenderán hechas a la Comisión”.

Dicha descripción y concepción como órgano de la Comisión Europea se enfatiza en el art. 64.1 RIA: “La Comisión desarrollará los conocimientos especializados y las capacidades de la Unión en el ámbito de la IA mediante la Oficina de IA”.

Así pues, esta Oficina es un simple órgano especializado dentro de la estructura de la Comisión Europea, y no constituye una Oficina Europea, sino que su presupuesto está dentro de la Dirección General a la que pertenece. Es una estructura centralizada inserta dentro de una Dirección General de la comisión y por tanto carente de personalidad jurídica¹².

El RIA otorga a esta Oficina un largo listado de funciones, que hacen referencia a conocimientos especializados. Son, principalmente, funciones de normalización de cláusulas tipo, modelos, documentación o cuestionarios. Destaca, entre ellas, el art. 56 que le encomienda la elaboración de Códigos de buenas prácticas (que luego aprobará la Comisión). Llama

¹² NOVELLI et alii critican estas notas de la Oficina de la AI (págs. 14-15) y proponen que la Oficina de la IA se transforme en una agencia descentralizada para reforzar su autonomía y reducir la influencia política (“A Robust Governance...”, op. cit., págs. 16, 25 y 28).

la atención la intervención tan relevante que se otorga a la Oficina de IA respecto de los modelos y sistemas de IA de uso general (arts. 75 y 88-93).

La Decisión de la Comisión de 24 de enero de 2024 creó la Oficina de IA, que entró en vigor el 21 de febrero de 2024. Por tanto, la Oficina Europea de Inteligencia Artificial se inserta en el seno de la Comisión como parte de la estructura administrativa de la Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías. Es, en definitiva, un órgano especializado en materia de inteligencia artificial, en especial, con la finalidad de desarrollar todos aquellos aspectos que el RIA encomienda a la Comisión (o a la Oficina de IA).

Nada se dice de la composición de la Oficina de la IA, salvo su dependencia orgánica de la Dirección General correspondiente de la Comisión¹³.

Su función principal es la de asegurar la aplicación y ejecución coherentes del RIA. A tal fin, el art. 3 de la Decisión desgrana las funciones de la Oficina de IA sobre la aplicación del RIA. De forma resumida cabe agrupar las siguientes:

- a. Funciones en relación con los sistemas de IA de uso general, cuyo control (así como imposición de sanciones) reserva el RIA a la Comisión.
- b. Velar por la aplicación uniforme del RIA. Llama la atención que se le atribuya esta competencia cuando resulta que está concedida al CEIA (art. 66).
- c. Asistir a la Comisión Europea en sus funciones normativas, ejecutivas, y de aprobación de directrices y modelos.
- d. Colaborar en el establecimiento de espacios controlados de pruebas.
- e. Coordinar el sistema de gobernanza, y en este punto asumir la Secretaría del Comité Europeo de Inteligencia Artificial.
- f. Fomento de la elaboración de códigos de prácticas y códigos de conducta.

Además de estas funciones, la Oficina de IA tiene atribuidas las previstas en el art. 2.2 de la Decisión, entre la que cabe resaltar la promoción de ecosistemas de innovación y la supervisión de la evolución de los mercados y las tecnologías de IA.

Es, por ello, que debe contar con la colaboración de los Estados miem-

¹³ También NOVELLI et alii critican esta omisión sobre su composición (“A Robust Governance...”, op. cit., pág. 14).

bros (art. 64.2 RIA). La Decisión ordena a la Oficina de IA colaborar con los Estados miembros y también con las partes interesadas (expertos y desarrolladores), con los demás órganos de la Comisión y las Instituciones de la UE, y con otros Estados y organizaciones internacionales¹⁴.

Dado que el RIA reserva a la Comisión la supervisión de los modelos y sistemas de IA de uso general, en estos, casos, la Oficina de IA será la autoridad de vigilancia del mercado a todos los efectos (RIA y Reglamento (UE) 2019/1020) (art. 75.1).

Sin embargo, como señalan NOVELLI y otros la naturaleza de las decisiones de la Oficina de la IA se limita a ser simples propuestas a la comisión, que luego ésta transformará en decisiones, que podrán ser recurribles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵.

3.2. Comité europeo de inteligencia artificial

El art. 65 RIA crea el Comité Europeo de Inteligencia Artificial (CEIA). Como se va a ver de inmediato, se ha tenido en cuenta el modelo del Comité Europeo de Protección de Datos, establecido por el RGPD, al que se hará referencia más adelante. Veamos su regulación.

3.2.1. Caracteres

Se le caracteriza como un órgano asesor de la Comisión. No obstante, su misión fundamental es garantizar la uniformidad y coherencia en la aplicación del RIA (art. 66), actuando como coordinador y transmisor de información¹⁶. Para ello debe actuar con objetividad e imparcialidad (art. 65.7). Como puede verse, se equipara al CEPD en sus objetivos y caracteres.

3.2.2. Composición y organización

El Considerando 149 señala que “el Comité debe reflejar los diversos intereses del ecosistema de la IA y estar formado por representantes de los Estados miembros”. Así pues, el CEIA está formado por un repre-

¹⁴ La Decisión regula con más detalle la cooperación en sus diversos grados: con las partes interesadas (art. 4), en el seno de la Comisión (art. 5), interinstitucional con otros organismos e Instituciones de la UE (art. 6), e internacional (art. 7).

¹⁵ NOVELLI et alii, “A Robust Governance...”, op. cit., pág. 17.

¹⁶ HERNÁNDEZ PEÑA resalta estas funciones de coordinación y de ser nodo de intercambio de información (“Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, pp. 613-615).

sentante por Estado miembro. Los representantes tienen un mandato de tres años. Aunque aquí no haya una referencia directa a una autoridad concreta, como ocurre en el caso del CEPD, donde son miembros los representantes de las autoridades nacionales de protección de datos, el RIA persigue un objetivo similar al exigir no sólo la competencia de los representantes sino también que tengan poderes, y sean punto de contacto único¹⁷. Luego parece que estará formado por las autoridades de vigilancia del mercado.

También participan el Supervisor Europeo de Protección de Datos, como observador, y la Oficina de IA como asistente a sus reuniones. Además, pueden participar como invitados representantes del Foro Consultivo (art. 65.6 RIA).

La organización y funcionamiento se deja a un Reglamento interno, aprobado por dos tercios, aunque se obliga a la creación, como mínimo, de dos subgrupos permanentes, uno de los cuales será el subgrupo permanente de vigilancia del mercado, que actuará como grupo de cooperación administrativa (ADCO) referido en el Reglamento (UE) 2019/1020¹⁸.

La presidencia corresponde a uno de los representantes de los Estados y la secretaría a la Oficina de IA.

3.2.3. *Funciones*

El art. 66 RIA enuncia sus funciones, que tienen la misión fundamental de asesorar y asistir a la Comisión y a los Estados miembros para la aplicación coherente y eficaz del RIA. Seguidamente este precepto enumera nada menos que quince funciones. De todas ellas, gran parte de coordinación y colaboración, cabe resaltar las siguientes en cuanto revelan la finalidad de aplicación coherente y eficaz del RIA en todos los Estados miembros:

- 1) Coordinar la aplicación del RIA (letra a).

¹⁷ El Considerando 149, con el fin de ofrecer cierta flexibilidad a los Estados miembros, señala que “cualquier persona perteneciente a una entidad pública que tenga las competencias y facultades pertinentes para facilitar la coordinación a escala nacional y contribuir al cumplimiento de las funciones del Comité podrá ser designada representante”.

¹⁸ Este Reglamento 2019/1020 se refiere a la vigilancia del mercado y la conformidad de productos, y en su art. 30.2 dice lo siguiente: “Se establecerán ADCO individuales o conjuntos para la aplicación uniforme de la legislación de armonización de la Unión. Los ADCO estarán compuestos por representantes de las autoridades nacionales de vigilancia del mercado y, en su caso, por representantes de las oficinas de enlace únicas”. Luego los presidentes de los grupos ADCO se agrupan en la Red.

- 2) Contribuir a la armonización de las prácticas administrativas de los Estados miembros (letra d).
- 3) Emitir recomendaciones y dictámenes, a solicitud de la Comisión o a iniciativa propia, para garantizar la coherencia (letra e). Esta letra e) detalla algunas de las finalidades de estas recomendaciones y dictámenes.
- 4) Contribuir al desarrollo de parámetros de referencia (letra g).
- 5) Emitir dictámenes o recibir dictámenes de los Estados miembros sobre las alertas cualificadas relativas a modelos de IA de uso general (letras n) y o)).
- 6) Una diferencia importante con el Comité Europeo de Protección de Datos (art. 65 RGPD) radica en que el CEIA no tiene competencias de coordinación en las que pueda dictar decisiones para resolver sobre las distintas interpretaciones o aplicaciones del RIA por parte de las autoridades nacionales¹⁹.

3.3. Foro consultivo

El art. 67 obliga a crear un Foro consultivo, como órgano de asesoramiento técnico de la Comisión y del CEIA²⁰. Para ello puede elaborar dictámenes, recomendaciones y contribuciones.

Su composición se deja a la Comisión, aunque se le dan criterios de selección equilibrada de partes interesadas y de los intereses comerciales y no comerciales (industria, empresas emergentes, pymes, sociedad civil, y mundo académico). Sus miembros tienen un mandato de dos años, prorrogable por otros dos más.

Además, se designan miembros permanentes: la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (Cenelec) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI). Y también pueden invitar a expertos y otras partes interesadas.

El Reglamento interno detallará su organización, con dos copresi-

¹⁹ NOVELLI et alii denuncian esta falta de autoridad para revisar las decisiones nacionales (pág. 19), lo que puede conducir a una aplicación incoherente del RIA. E insisten en la posible aplicación diferencia respecto de la biometría (“A Robust Governance...”, op. cit., pág. 28).

²⁰ Para NOVELLI et alii el Foro Consultivo y el grupo de expertos científicos debieran ser una única entidad (“A Robust Governance...”, op. cit., pág. 28).

dentes y varios subgrupos permanentes o temporales, y su régimen de sesiones, exigiéndose por lo menos dos al año.

3.4. Grupo de expertos científicos

El art. 68 obliga a que la Comisión cree un grupo de expertos científicos independientes. Es un órgano de asesoramiento de la Oficina de la IA, puesto que ésta tiene la competencia de desarrollar los conocimientos especializados en materia de IA.

Sus miembros se caracterizan por su capacidad, competencia y experiencia, correspondiendo su designación a la Comisión, que deberá tener en cuenta una representación geográfica y de género. Para su selección se exige que los expertos cumplan estas tres características: conocimiento científico en materia de IA; independencia de cualquier proveedor; y capacidad para desarrollar actividades.

La independencia es su nota principal y para ello se garantiza la confidencialidad, así como se ordena que no soliciten ni acepten instrucciones de nadie, y se mantengan fuera de los conflictos de intereses.

Se trata de un órgano de asesoramiento y apoyo a la Oficina de IA. El art. 68.3 detalla las funciones, de las que hay que resaltar las dos siguientes. En primer lugar, asesora y apoya a la Oficina de IA en relación con los sistemas de IA de uso general²¹, que – como se ha dicho – es una de las áreas principales de intervención de la citada Oficina. Y, en segundo lugar, El Grupo proporciona alertas sobre riesgos sistémicos de los sistemas IA de uso general (art. 90).

El art. 69 permite a los Estados miembros acudir a estos expertos para que les apoyen en el desarrollo de sus actividades en cumplimiento de las previsiones del RIA.

4. El supervisor europeo de protección de datos: modelo unificado

En relación con las Instituciones y organismos de la UE, el RIA ha establecido un modelo de gobernanza agrupado, de forma que la autoridad europea de protección de datos (SEPD) sea también la autoridad competente en materia de IA. El art. 70.9 RIA, al referirse a las autori-

²¹ El Considerando 151 resalta esta tarea, al afirmar que el Grupo asesora a la Oficina de IA “en particular las actividades de supervisión de la Oficina de IA en lo respecta a los modelos de IA de uso general”.

dades nacionales competentes establece que la autoridad competente en materia de supervisión de las instituciones, órganos y organismos de la UE será el SEPD. Incluso, el art. 74.9 señala que el SEPD actuará como autoridad de vigilancia del mercado (salvo respecto del TJUE cuando actúe en el ejercicio de la función judicial).

Así pues, se establece para la UE un modelo unificado: una sola autoridad para la gobernanza de la IA y para la protección de datos.

En el ámbito de la Unión Europea, la autoridad encargada de la protección de datos es el Supervisor Europeo de Protección de Datos (en adelante, SEPD, y por sus siglas en inglés, EDPS). Fue creado mediante el Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Como reza el título del propio Reglamento, y luego se deduce de su regulación, el SEPD es una Autoridad de Protección de Datos del ámbito de las instituciones y organismos de la Unión Europea, de forma muy similar a lo que son las Autoridades estatales respecto de cada Estado miembro de la Unión Europea. Sin embargo, tiene una función añadida en cuanto que actúa como secretaria del CEPD. Comenzó a ejercer sus funciones en 2004 y su regulación vigente se encuentra en el Reglamento (UE) 2018/1725, del Parlamento y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 45/2001 y la Decisión n° 1247/2002/CE. El artículo 52 de este Reglamento de 2018 enfatiza en las funciones y competencias del SEPD como Autoridad independiente de control respecto de las instituciones y organismos de la Unión Europea.

Además, el RIA atribuye las siguientes competencias específicas al SEPD: 1) establecer el espacio controlado de pruebas a nivel de la UE, y por tanto le corresponde las funciones de las autoridades de conformidad (art. 58.3 y 58.2.g) RIA); y 2) es el organismo competente para imponer sanciones a instituciones, órganos y organismos de la UE en materia de IA (art. 100 RIA).

5. *Autoridades nacionales sobre IA*

5.1. *Autoridades sectoriales y modelo dual de autoridades nacionales*

La propuesta de RIA presentada por la Comisión contemplaba una única autoridad nacional, que se denominaba autoridad nacional de supervisión (art. 59 de la propuesta). Sin embargo, en la fase legislativa se ha desdoblado esta figura en dos, que se distribuyen las funciones antes acumuladas.

Con carácter previo, hay que señalar que las autoridades nacionales alcanzan a los sistemas de IA, que no sean modelos o sistemas de IA de uso general, cuya competencia está residenciada en la Comisión, de modo que en estos casos la autoridad de vigilancia del mercado será la Oficina de IA (art. 75.1). Para ello las autoridades nacionales colaborarán con la Oficina de IA (apartados 2 y 3 del art. 75).

El RIA establece un modelo unificado de autoridad de vigilancia del mercado también para los casos regulados en las normas armonizadoras de la Sección A del Anexo I. El art. 74.3 afirma que “la autoridad de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento será la autoridad responsable de las actividades de vigilancia del mercado designada en virtud de dichos actos legislativos”. Sin embargo, este precepto permite que los Estados puedan designar otra autoridad pertinente como autoridad de vigilancia del mercado. Y lo mismo acaece para los servicios financieros (art. 74.6 y 7).

Fuera de estos supuestos, es decir, para los sistemas de alto riesgo del Anexo III, el RIA establece un modelo dual en un doble sentido (art. 70 RIA):

- 1) No hay exigencia de atribuir las competencias sobre sistemas de IA a las autoridades estatales independientes de protección de datos, aunque pueda hacerse, como en Francia con el CNIL (autoridad francesa de protección de datos)²². No obstante, el RIA parece apuntar en la dirección contraria. Sin embargo, las autoridades nacionales competentes sobre IA deben respetar las competencias y poderes de las autoridades de protección de datos (Considerando 157).

²² El CNIL, junto con otras autoridades de protección de datos planteó, ya en 2021, que las autoridades de protección de datos tendrían que ser designadas como autoridades nacionales de control para la inteligencia artificial, dado que esta convergencia facilitaría la correcta aplicación del futuro reglamento sobre la IA y la constitución de un ecosistema europeo de inteligencia artificial favorable a la innovación.

- 2) Hay dos autoridades competentes en materia de IA, que tienen funciones diferenciadas: las autoridades notificantes y las autoridades de vigilancia de mercado, aunque el párrafo final del art. 70.1 permite también que estas funciones puedan ser realizadas por una o varias autoridades designadas.

Sólo hay un supuesto en que se rompe este modelo dual y se acude a un modelo único, en el que las autoridades de protección de datos asumen las competencias de las autoridades de mercado. El art. 74 regula la vigilancia del mercado y el control de los sistemas de IA en el mercado de la UE, encomendando dichas funciones a la autoridad de vigilancia del mercado, entendiéndola como una autoridad diferenciada e independiente. Sin embargo, esta dualidad desaparece respecto de algunos sistemas de alto riesgo, en los que la autoridad de protección de datos será también la autoridad de vigilancia del mercado. El art. 74.8 dice así: “En el caso de los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III del presente Reglamento, punto 1, en la medida en que los sistemas se utilicen a los efectos de la garantía del cumplimiento del Derecho, la gestión de fronteras y la justicia y la democracia, y en el caso de los sistemas de IA de alto riesgo enumerados en el anexo III, puntos 6, 7 y 8, del presente Reglamento²³, los Estados miembros designarán como autoridades de vigilancia del mercado a efectos del presente Reglamento bien a las autoridades de control encargadas de la protección de datos competentes con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 o a la Directiva (UE) 2016/680, bien a cualquier otra autoridad designada con arreglo a las mismas condiciones establecidas en los artículos 41 a 44 de la Directiva (UE) 2016/680. Las actividades de vigilancia del mercado no afectarán en modo alguno a la independencia de las autoridades judiciales ni interferirán de otro modo en sus actividades en el ejercicio de su función judicial”.

Aunque el RIA configure dos autoridades nacionales competentes, sin embargo, hay un desequilibrio absoluto entre ambas. Así la auténtica autoridad de supervisión es la autoridad de vigilancia del mercado, mientras que la autoridad notificante limita sus funciones a la acreditación de los organismos autorizados para el control externo de las evaluaciones de conformidad. Incluso la supervisión de la evaluación de conformidad corresponde a la autoridad de vigilancia del mercado (por ejemplo, art. 46 sobre concesión de exenciones a dicha evaluación).

²³ Los puntos del Anexo III son los siguientes: 1: Biometría, 6: Garantía del cumplimiento del Derecho, 7: Migración, asilo y gestión del control fronterizo, y 8: Administración de justicia y procesos democráticos.

El RIA la denomina autoridad de vigilancia del mercado, porque en la concepción del Reglamento prima el mercado, más que la protección de los derechos de las personas afectadas. Es, por ello, que las funciones que se otorgan a las autoridades competentes a lo largo del articulado del RIA van referidas, en la práctica totalidad de sus preceptos, a la autoridad de vigilancia del mercado. Es ilustrativo a este respecto lo dispuesto en el art. 85 RIA (añadido en la fase legislativa), que regula el derecho a presentar reclamaciones ante una autoridad de vigilancia del mercado.

Por otra parte, el RIA no fija un modelo de autoridades estatales competentes, sino que deja libertad a los Estados. El Considerando 153 afirma que “los Estados pueden decidir designar cualquier tipo de entidad pública para que desempeñe las tareas de las autoridades competentes en el sentido del presente Reglamento, de conformidad con sus características y necesidades organizativas nacionales específicas”. Sólo se exige que haya una autoridad de vigilancia del mercado que actúe como punto de contacto único, tanto con el público como organismos similares de los demás Estados miembros y de la Unión.

5.2. Configuración y características generales de las autoridades nacionales

Fuera de los supuestos antes mencionados, las autoridades nacionales de existencia obligada son las dos siguientes: la autoridad notificante y la autoridad de vigilancia del mercado (art. 70). De cada una de ellas, al menos debe existir una, lo que permite que, por ejemplo, en los Estados compuestos pueda existir más de una de ellas, como ya ocurre en España en materia de protección de datos y de competencia.

El art. 70 señala algunas características comunes a dichas autoridades: independencia, imparcialidad y exención de sesgos. Por ello, deberán tener deberes de abstención y de incompatibilidad en orden a garantizar su independencia. Asimismo, deben actuar conforme a las obligaciones de confidencialidad establecidas en el art. 78 RIA. No obstante, este precepto no exige que se trate de autoridad independientes, como ocurre con las de protección de datos personales, sino que se limita a establecer que deben actuar de forma independiente²⁴.

Su designación debe ser comunicada tanto a la Comisión Europea como publicitada a fin de que pueda ser conocida por todas las personas y empresas.

²⁴ Así lo advierte HERNÁNDEZ PEÑA (“Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, p. 615).

El RIA persigue que estas autoridades sean efectivas y para ello deben estar bien dotadas, y a tal fin exige no sólo su primera dotación, sino que los Estados justifiquen periódicamente a la Comisión la suficiencia de dicha dotación. Por ello establece que, para el cumplimiento de sus funciones, las autoridades competentes cuenten con recursos técnicos, financieros y humanos (en especial, personal preparado en materia de IA, ciberseguridad y de protección de datos personales), así como infraestructuras.

Su misión principal es garantizar la aplicación y ejecución del RIA a nivel estatal, entre las que se concreta la de elaborar orientaciones y asesoramiento a las empresas, en especial a las pymes. Para ello adoptarán un nivel adecuado de medidas de ciberseguridad.

5.3. Autoridad nacional de vigilancia del mercado

5.3.1. Libertad de elección de modelo de autoridad de vigilancia del mercado

El art. 3.26 la define así: “«autoridad de vigilancia del mercado»: la autoridad nacional que lleva a cabo las actividades y adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2019/1020” y es por ello una de las autoridades nacionales competentes (art. 3.48).

Como se acaba de indicar es la verdadera y única autoridad de supervisión de la aplicación del RIA a los sistemas de IA, sin perjuicio de las competencias que en materia de protección de datos personales tienen las autoridades encargadas de dicha protección.

Por ello, el RIA parece inclinarse por un modelo diferenciado de autoridad de vigilancia del mercado, que se va a ocupar del buen funcionamiento del mercado, sin perjuicio de que cuando afecte a los derechos fundamentales (entre ellos, también el derecho a la protección de datos personales) intervenga, pero con la característica de que su posible vulneración afecta a las condiciones del mercado. El buen funcionamiento del mercado tiene que asegurar el cumplimiento de las disposiciones del RIA, entre las que se encuentran las referidas a la protección de los derechos fundamentales.

Es, por ello, que el RIA haga continuas remisiones (no sólo en este art. 3.26²⁵) al Reglamento (UE 2019/1020) sobre la vigilancia del mer-

²⁵ Por ejemplo, también, en los arts. 74.12 y 85.

cado y la conformidad de los productos. El art. 10 de este Reglamento obliga a los Estados miembros a designar una o varias autoridades de vigilancia del mercado en su territorio, debiendo designar una oficina de enlace única. Se desgranar las actividades de esta autoridad (art. 11), y se regulan sus poderes (art. 14) y las medidas que puede adoptar (art. 16). Para la coordinación se crea la Red de la Unión sobre Conformidad de los Productos (art. 29), en la que participan, entre otros, los grupos de cooperación administrativa (ADCO), en los que participan representantes de las autoridades de vigilancia del mercado (art. 30).

El art. 70.2 RIA obliga a designar una autoridad de vigilancia del mercado como punto de contacto único. Dicha designación debe ser comunicada a la Comisión y ésta dará publicidad de los puntos de contacto únicos.

5.3.2. Competencias de la autoridad de vigilancia del mercado

El art. 70 RIA que se refiere, con carácter general, a las autoridades nacionales, no enumera cuáles son las competencias de las autoridades de vigilancia del mercado.

Además de esta genérica atribución, el RIA en numerosos preceptos incide en competencias concretas de estas autoridades de vigilancia del mercado.

Por un lado, se les deben notificar determinadas actuaciones o facilitarles documentación: notificación del uso de un sistema de identificación biométrica remota en tiempo real (art. 5.4); informe del representante autorizado del fin de su mandato o de que el proveedor no cumple con sus obligaciones (art. 22.4); notificación de riesgos o de incidentes graves por parte del responsable del despliegue (art. 26.5); puesta a su disposición, a su solicitud, de la documentación de utilización de los sistemas de identificación biométrica en diferido, así como remisión de informes anuales de esta utilización (art. 26.10); y notificación de resultados de la FRIA (art. 27.3).

También en otros casos debe autorizar determinadas actuaciones: la exención de evaluación de conformidad (art. 46); y la realización de pruebas de sistemas de IA en condiciones reales fuera de los espacios controlados de pruebas (art. 60.4).

Incluso actuará como organismo notificado en los supuestos especificados en el art. 43.1 *in fine*, cuando se trate de aquellas autoridades de vigilancia del mercado previstas los apartados 8 y 9 del art. 74.

5.3.3. Poderes de la autoridad de vigilancia del mercado

El considerando 156 indica que deben disponer de todos los poderes de ejecución establecidos en el RIA y en el Reglamento (UE) 2019/1020 de productos. Así pues, como señala HERNÁNDEZ PEÑA, los poderes atribuidos son intensos²⁶.

Dentro de sus poderes cabe resaltar los siguientes:

- 1) Potestad sancionadora (art. 99.10 y art. 80.7 RIA).
- 2) Resolver las reclamaciones que se les presenten (art. 85 RIA).
- 3) Acceso a documentación y solicitud de información (art. 74.12).
- 4) Potestad de intervención: de las pruebas en condiciones reales (art. 76),
- 5) Poderes de suspensión y revocación: adopción de medidas que pueden llegar a exigir la retirada del producto del mercado (art. 79.9) o de adecuación al Reglamento como de alto riesgo (art. 80), o adopción de medidas de sistemas de IA conformes que presenten riesgo (art. 82) o en el caso de que no se subsanen los incumplimientos formales (art. 83.2).
- 6) Poderes de vigilancia del mercado del Reglamento (UE) 2019/1020, especificadas en el art. 74.5.

5.4. Autoridades notificantes

5.4.1. Introducción: la evaluación de conformidad

La Sección 4 del Capítulo II se refiere a las autoridades notificantes, que tienen como misión la acreditación de los organismos notificados para que éstos, una vez acreditados, puedan realizar las evaluaciones externas de conformidad de los sistemas de IA que así lo requieran.

La evaluación de conformidad es una obligación que se impone por el RIA a los proveedores. Consiste en la comprobación y constatación de que el sistema de IA de alto riesgo es conforme con lo dispuesto en la Sección 2, es decir, reúne los requisitos exigidos para su introducción en el mercado o uso.

El art. 43 diferencia diversos mecanismos de evaluación de conformidad, tanto en razón de la existencia y cumplimiento de normas armoniza-

²⁶ HERNÁNDEZ PEÑA, “Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, p. 620.

das o especificaciones comunes como de los diversos puntos del Anexo III, En la mayoría de los casos (puntos 2-8 del Anexo III) se admite la vía del autocontrol. En cambio, en algunos supuestos del punto 1 (Biometría) se exige el control externo por organismos notificados (art. 43.1.2^o)²⁷.

El Anexo VIII regula el procedimiento de evaluación de conformidad por un organismo notificado. Dicho procedimiento es, resumidamente, el siguiente:

- 1) Solicitud de evaluación presentada por el proveedor ante un organismo notificado. A la solicitud deberá acompañarse la documentación establecida en el apartado 3 del Anexo VIII.
- 2) Control de la documentación técnica por parte del organismo notificado. Se reconocen importantes actuaciones al organismo notificado en orden a exigir pruebas y tener acceso al modelo de entrenamiento y otros datos.
- 3) Decisión de evaluación emitida por el organismo notificado, en el caso de que se compruebe que reúne los requisitos de la Sección 2.
- 4) Emisión de certificado, con los requisitos del art. 44.
- 5) Información a la autoridad notificante. Conforme al art. 45 el organismo notificado le debe informar sobre las incidencias en el procedimiento de evaluación de conformidad.
- 6) Información a los demás organismos notificados.
- 7) Vigilancia del sistema de gestión de la calidad aprobado, que debe efectuar el organismo notificado respecto de los sistemas que acredita.

La Sección 4 del Capítulo III establece los sujetos y el procedimiento de determinación de los organismos que pueden efectuar la evaluación de conformidad. Sólo estos organismos, una vez que reciben la correspondiente acreditación (notificación) podrán realizar evaluaciones de conformidad.

²⁷ Los supuestos en que se exige evaluación externa para la biometría son los siguientes:

- a) las normas armonizadas a que se refiere el artículo 40 no existan, y no se disponga de las especificaciones comunes a que se refiere el artículo 41;
- b) el proveedor no haya aplicado la norma armonizada, o solo haya aplicado parte de esta;
- c) existan las especificaciones comunes a que se refiere la letra a), pero el proveedor no las haya aplicado;
- d) una o varias de las normas armonizadas a que se refiere la letra a) se hayan publicado con una limitación, y únicamente en la parte de la norma objeto de la limitación”.

A tal efecto el art. 28 RIA diferencia entre:

- 1) La autoridad notificante, que es la encargada de conceder la acreditación.
- 2) El organismo notificado, que es el sujeto acreditado, que para ello deberá presentar una solicitud de acreditación (notificación). Aquellos organismos que deseen realizar evaluaciones de conformidad precisan de la previa acreditación para dicha función.

5.4.2. Autoridad notificante

La autoridad notificante es el sujeto público acreditante, encargado de conceder la acreditación para que un organismo se convierta en organismo notificado, y pueda así realizar la evaluación de conformidad.

Su regulación se contiene, por un lado, en el art. 70, ya explicado, que se refiere de forma conjunta a las dos autoridades nacionales, una de las cuales es la autoridad notificante.

En segundo lugar, el art. 28 RIA se refiere de forma individualizada a la autoridad notificante. Y señala que ésta es una autoridad estatal, aunque los Estados miembros pueden crear un organismo nacional de acreditación²⁸. Pueden existir una o varias autoridades notificantes.

El RIA establece normas mínimas para garantizar la imparcialidad e independencia de las autoridades notificantes, en especial evitando conflictos de intereses respecto de los organismos notificados (art. 28). También exige la competencia del personal que forme parte de estas autoridades.

No obstante, se permite que las autoridades notificantes sean también organismos notificados, para lo que deberán cumplir los requisitos exigidos a estos organismos en el art. 31 (art. 30.4), siempre que la Comisión y los demás Estados miembros no objeten dicha coincidencia (art. 29.2 y 30.4).

Su competencia está limitada a su intervención en los procedimientos de acreditación de entidades como organismos notificados. Sus decisiones sobre acreditación serán objeto de recurso administrativo, conforme a la normativa general, adecuada al carácter organizativo de la autoridad notificante o, en su caso, organismo de acreditación.

²⁸ HERNÁNDEZ PEÑA postula, para España, la atribución de estas competencias “al organismo nacional de acreditación designado en aplicación del Reglamento 765/2008, la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), entidad colaboradora de la administración pública, solución que resulta coherente con el mandato de designación única” (“Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, pp. 623).

5.4.3. Organismos notificados

Los organismos notificados constituyen una pieza fundamental en el sistema de IA de alto riesgo puesto que tienen como misión la evaluación de conformidad de estos sistemas. En definitiva, la evaluación se transmite desde los poderes públicos a entidades privadas acreditadas.

Aquellos organismos que deseen realizar evaluaciones de conformidad precisan de la previa acreditación para dicha función. Por tanto, los organismos que deseen ser acreditados para tal fin deberán presentar una solicitud de acreditación (notificación).

La importancia de su actuación se refleja en el art. 45.1 b) del RIA que se refiere a que estos organismos pueden denegar, restringir, suspender o retirar una certificación de la UE o una aprobación de un sistema de gestión de la calidad, en suma, pueden denegar a un proveedor la introducción en el mercado de un sistema de IA.

Así pues, su intervención es decisoria y, por tanto, es necesario preguntarse por las posibilidades jurídicas de oposición de los proveedores a las decisiones de los organismos notificados y su posible recurso. La normativa estatal correspondiente debiera contemplar alguna posibilidad de recurso bien ante la autoridad notificante o bien ante la autoridad de vigilancia del mercado.

Los organismos notificados deben cumplir los requisitos exigidos en el art. 31, e incluso pueden justificar su concurrencia mediante un certificado de acreditación emitido por un organismo nacional de acreditación (art. 29.2). Estos requisitos pueden resumirse en los siguientes aspectos:

- 1) Personalidad jurídica.
- 2) Características de organización y gestión y de su personal: organización, estructura y funcionamiento que garantice el cumplimiento de sus funciones, ofreciendo confianza en sus resultados, y que garantice su independencia, objetividad e imparcialidad. Así también capacidad para el desarrollo de sus tareas y competencias técnicas suficientes.
- 3) Independencia tanto de los proveedores de sistemas de IA de alto riesgo como de otros operadores. Para ello no intervendrán en el diseño o desarrollo y uso de sistemas de IA de alto riesgo.
- 4) Garantía de la confidencialidad, especialmente exigida a su personal.

- 5) Procedimientos adecuados al tamaño de los proveedores.
 - 6) Seguro de responsabilidad.
- De forma resumida el procedimiento de acreditación es el siguiente:
- 1) Solicitud del organismo interesado a la autoridad notificante.
 - 2) Examen por la Autoridad notificante de los requisitos establecidos en el art. 31.
 - 3) Notificación a la Comisión de organismos evaluados positivamente.
 - 4) Plazo de objeciones por la Comisión o los demás Estados miembros (art. 30.4).
 - 5) Concesión de la acreditación, que convierte al organismo solicitante en organismo notificado.
 - 6) Asignación de número de identificación y publicación de la lista de organismos notificados (art. 35).

Por último, la Comisión tiene el poder de investigar los casos de duda sobre la competencia de los organismos cualificados, pudiendo incluso adoptar medidas correctoras que pueden llegar hasta el extremo de la suspensión o retirada de la designación (art. 37)²⁹.

5.5. El caso español: la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA)

Una vez aprobada la propuesta de RIA por la Comisión Europea, España inició la vía para la creación de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA), que era el organismo de supervisión contemplado en el art. 59 de la propuesta europea. Y así la Ley 22/2021, de 28 de diciembre previó³⁰ la creación de dicha Agencia (D.A. 130^a)³¹,

²⁹ HERNÁNDEZ PEÑA destaca también este control de la Comisión (“Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, p. 626).

³⁰ En la D. A. 117^a de la misma Ley 22/2021 se autorizó la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital.

³¹ Dicha D. A. 130^a dice así:

“1. Se autoriza al Gobierno a impulsar una Ley, de acuerdo con el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, para la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial en España, configurada como Agencia Estatal dotada de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, con potestad administrativa.

2. Esta Agencia actuará con plena independencia orgánica y funcional de las Administraciones Públicas, de forma objetiva, transparente e imparcial, llevando a cabo medidas destinadas a la minimización de riesgos significativos sobre la seguridad y salud

creación que fue ratificada en la Ley 28/2022, de 21 de diciembre (D.A. 7^a)³²³³.

de las personas, así como sobre sus derechos fundamentales, que puedan derivarse del uso de sistemas de inteligencia artificial. Estas medidas incluirán actuaciones propias, actuaciones en coordinación con otras autoridades competentes, cuando sea aplicable, y actuaciones de apoyo a entidades privadas.

3. La Agencia Estatal se encargará del desarrollo, supervisión y seguimiento de los proyectos enmarcados dentro de la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, así como aquellos impulsados por la Unión Europea, en particular los relativos al desarrollo normativo sobre inteligencia artificial y sus posibles usos.

4. La Agencia Estatal se encontrará adscrita a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, dentro del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Se regirá por lo establecido en su estatuto orgánico y por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre”.

³² La D. A. 7^a dice así:

“Uno. De acuerdo con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se autoriza la creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, como organismo público con personalidad jurídica pública, patrimonio propio, plena capacidad de obrar y potestades administrativa, inspectora y sancionadora que se le atribuyan en aplicación de la normativa nacional y europea en relación con el uso seguro y confiable de los sistemas de inteligencia artificial.

Dos. La actuación de la Agencia responderá a los siguientes fines:

a) La concienciación, divulgación y promoción de la formación, y del desarrollo y uso responsable, sostenible y confiable de la inteligencia artificial.

b) La definición de mecanismos de asesoramiento y atención a la sociedad y a otros actores relacionados con el desarrollo y uso de la inteligencia artificial.

c) La colaboración y coordinación con otras autoridades, nacionales y supranacionales, de supervisión de inteligencia artificial.

d) El fomento de entornos reales de prueba de los sistemas de inteligencia artificial, para reforzar la protección de los usuarios.

e) La supervisión de la puesta en marcha, uso o comercialización de sistemas que incluyan inteligencia artificial y, especialmente, aquellos que puedan suponer riesgos significativos para la salud, seguridad y los derechos fundamentales.

Tres. La Agencia estará adscrita a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. Se regirá por lo establecido en su estatuto orgánico y por lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Cuatro. La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio de la Agencia, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado”.

³³ A. ARTERO MUÑOZ, C. RUIZ DE TOLEDO RODRÍGUEZ, y P. MAIRAL MEDINA, señalan que la Ley 22/2021 fue una ley de impulso al Gobierno, lo que hizo necesario que luego se aprobara en 2022 la ley 28/2022, como norma de “creación” de la Agencia (“Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la clave para un desarrollo ético, justo y sostenible”, p. “Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la clave para un desarrollo ético, justo y sostenible”, 38).

De esta regulación se desprende que España ha optado por el modelo dual, creando un organismo específico para el control de los sistemas de IA³⁴.

Mediante Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, se pone en marcha el mecanismo de ejecución de dichos mandatos, con la aprobación del Estatuto de la Agencia.

Con fecha 7 de diciembre de 2023 se constituyó el Consejo Rector de la Agencia y en abril de 2024 se está en proceso de selección de la persona que vaya a ocupar la Dirección de la Agencia, finalizando el plazo de presentación de candidaturas el día 7 de mayo de 2024.

La AESIA queda configurada como una entidad de derecho público, bajo el modelo de Agencia Estatal, con sede en la ciudad de A Coruña, que se rige por lo dispuesto en la normativa administrativa aplicable a las agencias estatales, singularmente, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Su función principal es la de ser la autoridad responsable de la supervisión de los sistemas de IA, y también de imposición de sanciones (art. 3), que vienen luego detalladas en las competencias que le atribuye el art. 10.

Procede exponer, a continuación, aquellos aspectos de la regulación actual de la AESIA que no se ajustan a lo dispuesto en el RIA.

5.5.1. Concepción y enfoque de la AESIA

Ya se ha indicado que la creación de la AESIA responde a un modelo que no es el definitivamente aprobado e incorporado al RIA. Así pues, procede afirmar que la regulación de la AESIA no se ajusta al RIA, ni en su concepción como autoridad única, ni en su enfoque, puesto que se le atribuyen todas las funciones que deben quedar ahora desdobladas en dos organismos.

Por otra parte, el RIA pone como fundamento de las autoridades nacionales competentes su independencia e imparcialidad (art. 70).

³⁴ D. TERRÓN SANTOS y J. L. DOMÍNGUEZ ALVÁREZ, se posicionan en contra del modelo dual: "...no se alcanza a comprender las razones que abocan al legislador español a optar por el establecimiento de entidades y organismos de nuevo cuño para el desempeño de funciones encaminadas a la supervisión de los efectos que el desarrollo de los sistemas algorítmicos ejercen sobre los derechos fundamentales de la ciudadanía, en lugar de apostar por el fortalecimiento de la Agencia Española de Protección de Datos, entidad que dispone de una contrastada y extraordinaria experiencia en la materia y que, pese a sus limitados medios – personales especialmente –, hasta la fecha había asumido con tesón y diligencia esta dificultosa tarea" (*i-Administración pública, sistemas algorítmicos y protección de datos*, Ed. Iustel, Madrid, 2022, p. 208).

Sin embargo, la nota de independencia no se ve reflejada en la AESIA donde los órganos de gobierno son la Presidencia y el Consejo Rector, así como la Comisión de Control, que son órganos cuyo titular es un cargo público del Gobierno. Basta ver en el art. 12 del Real Decreto 729/2023 que la Presidencia se atribuye a la persona titular de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, y el art. 15, donde los miembros del Consejo Rector son altos cargos ministeriales, y sólo hay una persona experta que forma parte del Consejo Rector.

También, cabe advertir la gran diferencia entre la AESIA y la AEPD. La LOPDGDD configura a la AEPD como una autoridad administrativa independiente (art. 44), atribuyéndole las funciones contempladas en el RGPD (art. 47) y con una dotación financiera y de personal (art. 46). Y así por ejemplo GIL FRANCO propone que la AESIA sea configurada como una Administración independiente³⁵. Sin embargo, ésta fue una cuestión debatida en la creación de AESIA, y se optó por el modelo de Agencia descartándose los de Autoridad Administrativa Independiente y Sociedad Mercantil³⁶.

5.5.2. *Funciones*

El Real Decreto 729/2023 atribuye a la AESIA las funciones previstas anteriormente en la propuesta de la Comisión, que ahora deben quedar divididas entre dos órganos. Por otra parte, el ejercicio de las funciones, singularmente, las de supervisión y sanción, no queda claramente atribuido a ninguno de los órganos de gobierno y gestión.

³⁵ A. J. GIL FRANCO, “¿Por qué la Agencia Española de Supervisión de la inteligencia artificial (AESIA) debe ser un organismo incluido dentro de la categoría “Administración independiente”?”. Comunicación presentada en el Congreso de la AEPD celebrado en Vigor en 2024.

³⁶ Así lo indican A. ARTERO MUÑOZ, C. RUIZ DE TOLEDO RODRÍGUEZ, Y P. MAIRAL MEDINA, quienes afirman que el descarte de otras alternativas y la opción por la figura de la Agencia Estatal “por, entre otras cosas, ofrecer ventajas de autonomía y de flexibilidad en la gestión no sólo frente al régimen ordinario aplicable a los órganos administrativos directivos sino frente al de otras tipologías existentes en la normativa vigente”. Y añaden también como elemento positivo la agilidad y flexibilidad de la Agencia en ofrecer rápidas respuestas, así como que el hecho de estar adscrita a la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial permitirá que “se puedan reutilizar perfiles altamente especializados de IA” (“Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la clave para un desarrollo ético, justo y sostenible”, pp. 43-44).

5.5.3. Dotación de recursos financieros y humanos

El Estatuto de la AESIA regula el contrato plurianual de gestión (art. 39), que debe ser aprobado por el Consejo Rector y lo mismo ocurre con su presupuesto (art. 16.1).

Esta regulación no se compadece con las exigencias del art. 70.3 RIA de dotación de recursos financieros y humanos a las autoridades nacionales competentes.

En definitiva, procede reformar profundamente la regulación de la AESIA para adecuarla a la nueva regulación del RIA.

6. Las autoridades en materia de protección de datos

El Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril de 2016 (RGPD), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (en adelante, RGPD) establecen las autoridades tanto europeas como nacionales en materia de protección de datos personales.

Y también regula importantes derechos de las personas en relación con las actuaciones públicas o privadas que vulneren lo dispuesto en el Reglamento. Y a tal efecto el RGPD dispone diversos medios de defensa de dichos derechos: reclamaciones, acciones judiciales, y también indemnización.

No debe olvidarse tampoco lo dispuesto en la Directiva 2106/680. Sin embargo, el presente trabajo se limitará a lo dispuesto en el RGPD.

El RGPD presenta dos diferencias básicas con lo dispuesto en el RIA:

- 1) El RGPD se refiere en su Capítulo VI a las autoridades de control independientes, que son sólo autoridades estatales. El CEPD aparece regulado en el Capítulo VII, “Coherencia y cooperación”, lo que denota no sólo cuál es su misión principal, sino también sus limitadas funciones.
- 2) Los poderes de la Comisión son mucho más limitados que en el RIA, tanto en extensión como en relevancia.

6.1. Autoridades de protección de datos de la UE

A pesar de que el RGPD sólo haga una referencia como organismo de la UE al Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), hay que destacar que contiene numerosas atribuciones a favor de la Comisión Europea.

No hay que olvidar, asimismo, que, tal como se ha examinado más arriba, las instituciones, organismos y órganos de la UE tienen una autoridad de control propia y específica: el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

6.1.1. Competencias de la Comisión Europea

Las competencias de la Comisión Europea son de una menor relevancia en el RGPD que en el RIA. En el RGPD se da un papel preponderante a los Estados miembros, principalmente, a sus autoridades independientes, de modo que la Comisión tiene un papel normativo y de ejecución general, y no un papel decisorio, limitándose a recibir notificaciones de las autoridades de protección de datos y de los Estados miembros.

Este papel secundario puede verse en que sólo se contemplan dos supuestos de actos delegados (arts. 12. 8, relativo a información a través de iconos, y 43.8, mecanismos de certificación).

Así también la previsión de actos de ejecución es escasa: arts. 28.7 (fijación de cláusulas contractuales tipo), 40.9 (validez general de códigos de conducta), 43.9 (normas técnicas sobre mecanismos de certificación, sellos y marcas), 45.5 (adecuación de transferencias internacionales), 46.1 (aprobación y ratificación de cláusulas tipo de protección de datos), 47.3 (especificación de formato y procedimientos sobre normas corporativas vinculantes), 61.9 (especificación de formato y procedimientos sobre asistencia mutua), y 67 RGPD (especificación de modalidades de intercambio de información).

Fuera de ello, los dos ámbitos en que se da mayor participación activa a la Comisión es en relación con las transferencias internacionales de datos (arts. 45-50), y con las funciones del CEPD sobre coherencia y cooperación (arts. 68 y 70 y 64 y 65).

Se exige la notificación a la Comisión, en especial, de la adopción de disposiciones legales o normativas por los Estados en determinados preceptos (arts. 49.5, 51.4, 59.1, 85.3, 88.3 y 90 RGPD).

Como confirmación de lo expuesto, es muy relevante que la Comisión carezca de poder de sanción, que se atribuye a los Estados miembros, con reserva en exclusiva a favor de la autoridad de control (art. 83 RGPD)

6.1.2. Comité Europeo de Protección de Datos

El CEPD, creado por el RGPD, sigue la estela del anterior Grupo de trabajo *ex* artículo 29 de la Directiva de 1995 (“art. 29 WP”), al que sustituyó a partir del 25 de mayo de 2018.

La regulación que efectúa el RGPD sobre el CEPD se contiene en el Capítulo VII titulado “Cooperación y coherencia”, en concreto en su Sección 3ª que lleva como rúbrica “Comité Europeo de Protección de Datos”³⁷.

La regulación del CEPD se encuentra en los artículos 68 a 76 del RGPD. Se crea el CEPD, como organismo de la Unión Europea, con personalidad jurídica, y que actúa con plena independencia.

6.1.2.1. Composición y organización

El CEPD está compuesto por el director de una autoridad de control de cada Estado miembro y por el SEPD (o sus representantes).

El CEPD tiene un Reglamento interno de funcionamiento aprobado el 25 de mayo de 2018, y que ha sufrido modificaciones con fecha 6 de abril de 2022.

Es obligado efectuar una importante advertencia. Al CEPD se le atribuye velar por la coherencia del RGPD, pero su interpretación corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (artículo 19 del Tratado de la Unión Europea), a cuyo fin el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea le encarga la competencia con carácter prejudicial de la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Ello no impide que el CEPD emita directrices y dictámenes para la aplicación uniforme del RGPD, aunque su interpretación corresponda en última instancia al Tribunal de Justicia, como puede verse, a título de ejemplo, en la Sentencia de 14 de diciembre de 2023, asunto C-340/21, *Natsionalna agentsia za prihodite*.

6.1.2.2. Competencias

El RGPD confiere al CEPD una función principal y esencial: ser el organismo que asegura la coherencia en la aplicación del RGPD a nivel de la Unión Europea y de todos sus Estados miembros, e instituciones y organismos europeos y estatales. Así el Considerando 135 arriba transcrito enfatiza que con la creación del CEPD se trata “de garantizar la aplicación coherente del presente Reglamento en toda la Unión”.

³⁷ Los Considerandos 135 y 136 del RGPD expresan el significado de la creación del CEPD, en especial, su vinculación con la coherencia en la aplicación del RGPD en todos los Estados miembros de la UE.

El Reglamento interno consigna la función esencial del CEPD, conforme al RGPD: “responsable de la aplicación coherente del RGPD y de promover la cooperación de las autoridades de control de toda la Unión” (Considerando 2). Y de forma muy expresiva su artículo 2 señala las misiones del CEPD: “El Comité garantizará la aplicación coherente del RGPD, así como el desempeño de las funciones mencionadas en la Directiva de protección de los datos personales utilizados por las autoridades policiales y de justicia penal y en otros instrumentos legislativos aplicables en virtud del Derecho de la UE”³⁸.

Las competencias del CEPD pueden diferenciarse en dos grandes grupos: su intervención en el mecanismo de coherencia (Sección 2ª) y sus funciones atribuidas por el artículo 70 del RGPD.

Del artículo 70 RGPD interesa, sobre todo, resaltar su encabezamiento, por cuanto que se refiere a la competencia general y principal del CEPD. Dice así: “El Comité garantizará la aplicación coherente del presente Reglamento. A tal efecto, el Comité, a iniciativa propia o, en su caso, a instancia de la Comisión, en particular...”.

Se enfatiza en la competencia general del Comité: garantizar la coherencia del RGPD. Y luego se señalan algunas atribuciones a título enunciativo, de ahí la denominación utilizada “en particular”. Entre ellas cabe destacar ahora la contenida en la letra t) del apartado 1: “emitirá dictámenes sobre los proyectos de decisión de las autoridades de control en virtud del mecanismo de coherencia mencionado en el artículo 64, apartado 1, sobre los asuntos presentados en virtud del artículo 64, apartado 2, y sobre las decisiones vinculantes en virtud del artículo 65, incluidos los casos mencionados en el artículo 66”.

En cuanto al mecanismo de coherencia, el RGPD regula varios supuestos de competencia del CEPD, diferenciando entre aquellos de carácter general contemplados en el artículo 64 y los específicos de resolución de conflictos entre autoridades de control previstos en el artículo 65.

Procede resaltar que el art. 64 prevé un tipo de intervención más

³⁸ Como señala CERVERA, “El término “coherente” debe entenderse en el sentido de asegurar una aplicación uniforme por todos los llamados a aplicar el Reglamento, es decir, conforme a la interpretación lógica del Texto. El significado del término utilizado en la versión inglesa del Reglamento “consistency” despeja cualquier posible duda al respecto” (“Cooperación y coherencia (Comentario general al Capítulo VII RGPD”, en A. TRONCOSO REIGADA (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, v. 2, p. 2852).

general especificado en su apartado 2, que dice así: “Cualquier autoridad de control, el presidente del Comité o la Comisión podrán solicitar que cualquier asunto de aplicación general o que surta efecto en más de un Estado miembro sea examinado por el Comité a efectos de dictamen, en particular cuando una autoridad de control competente incumpla las obligaciones relativas a la asistencia mutua con arreglo al artículo 61 o las operaciones conjuntas con arreglo al artículo 62”.

Por su parte, el art. 65 atribuye al CEPD adoptar una decisión vinculante, para garantizar la aplicación correcta y coherente del RGPD en los tres casos referidos en su apartado 1.

6.2. Autoridades nacionales de protección de datos. La Agencia Española de Protección de Datos

El RGPD, así como de la legislación nacional, sobre las autoridades de control de protección de datos personales, han sido objeto de numerosos estudios que han examinado amplia y profundamente ambas regulaciones. Por ello, la exposición que a continuación sigue, necesariamente, debe ser muy breve y limitarse a las características más gruesas del modelo del RGPD para diferenciarlo del modelo del RIA.

6.2.1. El modelo de autoridad nacional de protección de datos en el RGPD

El Considerando 117 del RGPD indica lo siguiente: “El establecimiento en los Estados miembros de autoridades de control capacitadas para desempeñar sus funciones y ejercer sus competencias con plena independencia constituye un elemento esencial de la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos de carácter personal. Los Estados miembros deben tener la posibilidad de establecer más de una autoridad de control, a fin de reflejar su estructura constitucional, organizativa y administrativa”.

Y así el Capítulo VI del RGPD está dirigido a regular las Autoridades de control independientes. El artículo 51 obliga a establecer una o varias Autoridades públicas independientes, el artículo 55 se refiere a su competencia, y los artículos 57 y 58 enumeran sus funciones y poderes.

Para exponer sus diferencias con las autoridades previstas en el RIA, cabe resaltar los siguientes aspectos:

- 1) Única autoridad de control: no existen dos autoridades como en el art. 70 RIA, sin perjuicio de que en cada Estado pueda existir

una o varias autoridades, pero todas ellas son de control. No existe por tanto un modelo dual.

- 2) Autoridad independiente: la regulación del RGPD protege de forma absoluta la independencia de la autoridad de control: no sólo el Capítulo VI lleva como título el de “autoridades de control independientes”, sino que se establecen garantías de dicha independencia (arts. 52-54 RGPD). Cabe señalar que su independencia aparece más destacada que en la regulación del RIA respecto de las autoridades nacionales competentes.
- 3) Competencias: prácticamente todas las competencias del RGPD le están atribuidas a esta autoridad de control independiente (art. 56), algunas de cuyas funciones se desgranán en el art. 57. Procede resaltar que es la única autoridad sancionadora (art. 83).
- 4) Poderes: se le reconocen muy importantes poderes para el cumplimiento de sus funciones (art. 58): de investigación, correctivos, de autorización y consultivos. A ello se añade que deberá estar facultada para poner en conocimiento de la autoridad judicial las infracciones del RGPD y ejercitar acciones judiciales. E, incluso, los Estados miembros le pueden atribuir más poderes.

6.2.2. Competencias atribuidas por el RIA a las autoridades de protección de datos

El RIA se refiere en algunos de sus preceptos a las autoridades de control encargadas de la protección de datos personales, establecidas por el RGPD y la Directiva (UE) 2016/680.

En primer lugar, el art. 77 RIA se refiere a los poderes de las autoridades encargadas de la protección de datos, que se centran en la solicitud de documentación y acceso sobre los sistemas de IA de alto riesgo, e incluso a pedir que se realicen pruebas para determinados sistemas de IA para comprobar su conformidad con las disposiciones del Derecho de la UE.

También el RIA prevé la intervención de las autoridades de protección de datos en relación con el posible uso excepcional de los sistemas de IA de identificación biométrica remota en tiempo real (art. 5.4 y 6) o en diferido (art. 26.10), y en los espacios controlados de pruebas (art. 57.10).

Incluso en determinados supuestos, las autoridades de protección de datos asumen el papel de las autoridades de vigilancia del mercado (art. 74.8), y se les da acceso a la sección segura no pública de la base de datos de la UE (art. 49.4).

6.2.3. *La Agencia Española de Protección de Datos*

En desarrollo del RGPD, en España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD) regula con detalle las autoridades de control bajo la denominación genérica de autoridades de protección de datos (Título VII LOPDGDD), previendo luego una Autoridad estatal, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en sus artículos 44-56, y, después, las Autoridades Autonómicas de Protección de Datos (artículos 57-62 LOPDGDD). Y así existen en el ámbito español, junto con la AEPD, las Autoridades de protección de datos de las Comunidades Autónomas de Cataluña, País Vasco y Andalucía. El Estatuto de la AEPD ha sido aprobado mediante Real Decreto 381/2021, de 1 de junio.

El modelo español de autoridad de control, AEPD, responde plenamente a las disposiciones del RGPD:

- 1) Se configura como una Autoridad Administrativa independiente. Aquí se produce una gran diferencia con la AESIA.
- 2) En su organización destaca la persona titular de la Presidencia de la Agencia, así como la persona adjunta, que, aunque formalmente son nombradas por el Gobierno, requieren unas mayorías cualificadas (3/5 en primera votación y mayoría absoluta en la segunda) del Congreso de los Diputados. El art. 48.1 LOPDGDD indica que la Presidencia ostenta su representación y dicta sus resoluciones, circulares y directrices. Le asiste un Consejo consultivo (no Rector), de variada composición, que se caracteriza por ser asesor y no decisorio, y además porque no está formado en su mayoría por representantes del Gobierno, como ocurre con el Consejo Rector de AESIA.
- 3) Sus funciones son muy relevantes y son ejercidas por la Presidencia de la Agencia. Tiene importantes potestades de investigación y de auditoría, y asimismo potestades de regulación por medio de circulares.
- 4) La LOPDGDD recoge y amplía los poderes otorgados a las autoridades de control a favor de la AEPD.
- 5) Elabora su presupuesto, que se integra de forma independiente en los Presupuestos Generales del Estado.

En el ejercicio de sus competencias la AEPD ha venido aprobando una gran variedad de documentación, bajo diversos nombres (Circulares, guías, recomendaciones, etc.), algunas de las cuales tienen relación con la IA.

7. *Otras autoridades que inciden en los sistemas de IA. Servicios y mercados digitales*

La regulación del comercio electrónico, y unida a ella, la protección de los consumidores ha sido objeto de regulación por parte de la UE, por medio del Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales, conocido como “DSA”).

La DSA prevé la creación de diversos órganos de gobernanza, que recuerdan por su similitud los modelos antes explicados del RIA.

Así a nivel de la UE, se crea la Junta Europea de Servicios Digitales (art. 61), que reúne a todos los representantes de los Estados miembros y a la Comisión europea, y a la que se le atribuyen funciones de coherencia y coordinación.

A nivel nacional, cada Estado miembro debe designar una o varias autoridades competentes responsables de la supervisión de los prestadores de servicios intermediarios y de la ejecución de la DSA, y entre ellas un coordinador de servicios digitales (art. 49). En España esta función será asumida por la CNMC.

Por el contrario, el Reglamento (UE) 2022/1925, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de Mercados Digitales, conocido como DMA), sólo prevé la creación de un Grupo de Alto Nivel sobre el Reglamento de Mercados Digitales, compuesto por las redes y organismos europeos citados, con un número máximo de 30 miembros, entre los que se encuentran: a) Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas; b) Supervisor Europeo de Protección de Datos y Comité Europeo de Protección de Datos; c) Red Europea de Competencia; d) Red de cooperación en materia de protección de los consumidores, y e) Grupo de Entidades Reguladoras Europeas para los Servicios de Comunicación Audiovisual. A nivel estatal, se prevé la actividad de autoridades nacionales competentes, que se integran en la Red Europea de Competencia. Sin embargo, dado que la mayor parte de las competencias se atribuyen a la Comisión Europea, singularmente el control del cumplimiento de sus obligaciones por las empresas designadas como “guardián de acceso” y las funciones de inspección y de imposición de sanciones por incumplimiento, la Junta se configura como un órgano de asesoramiento y las autoridades nacionales como órganos de control y cooperación con la Comisión.

8. Conclusiones

A modo conclusivo, conviene plantear varias cuestiones relevantes.

La primera de ellas hace referencia al modelo de gobernanza de IA previsto por el RIA y que debe ser implantado por los Estados miembros.

Se ha constatado que el RIA se ha decantado por un modelo dual: por un lado, autoridades nacionales sobre IA, y por otro, autoridades nacionales de protección de datos personales.

También se ha dejado evidencia que el modelo del RIA no es tan claro ni rotundo en cuanto a independencia y organización autónoma de las autoridades nacionales, en especial, de la autoridad de vigilancia del mercado, que el modelo establecido por el RGPD.

Por tanto, es obligado postular que la regulación estatal sobre la autoridad de vigilancia del mercado ahonde en su independencia y sus poderes autónomos, fuera del control del Gobierno de cada Estado. No obstante, se ha dejado libertad de elección a los Estados miembros.

La segunda cuestión es la referida a los derechos fundamentales, singularmente a la protección de datos de carácter personal, y a la posible colisión entre las autoridades del RIA y las autoridades del RGP.

Si la Comisión pretendió en su propuesta de 2021 orillar las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, en especial, a la protección de datos personales, su pretensión ha sido anulada en la fase legislativa, a raíz de las enmiendas introducidas. Entre la propuesta inicial y el texto definitivo existe un gran cambio, sobre todo, en orden a garantizar los derechos fundamentales, y en especial, en dejar intactas las competencias de las autoridades de protección de datos. Es patente esta situación, dado que sólo en un caso el RIA se declara como *lex specialis* frente a la normativa de protección de datos (Considerando 38 en relación con el art. 5.1. h), de excepciones a los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real).

Procede aclarar a nivel estatal cuál será el régimen de actuación de las autoridades competentes, en orden tanto al procedimiento de toma de decisiones, como a su control.

Sólo en algunos casos el RIA deja clara la intervención preferente de las autoridades de protección de datos (art. 74.8).

Pero fuera de ellos, el RIA se limita a reiterar que su regulación no supone una derogación o excepción de la normativa de protección de datos, que, por tanto, debe ser cumplida de forma complementaria o adicional a la impuesta por el RIA.

Así, por ejemplo, los resultados de la FRIA deben ser comunicados a la autoridad de vigilancia del mercado (art. 27.3 RIA). Y habrá que preguntarse qué actuación debe realizar dicha autoridad ante la notificación que se le traslada. Y, además, luego el responsable del despliegue deberá efectuar la evaluación de impacto de la normativa de protección de datos (art. 27.4).

La regulación del RIA incide en los derechos fundamentales, y cuando ello ocurre las competencias de las autoridades previstas en dicho RIA se entrecruzan con las atribuidas a las autoridades independientes en el RGPD.

Ello puede dar lugar a conflictos. Por un lado, sistemas de IA que pueden ser introducidos en el mercado o utilizados por ser de alto riesgo o por ser de bajo o nulo riesgo, sin embargo, pueden no pasar el filtro del RGPD, en especial, de los criterios fijados por las Agencias de protección de datos estatales³⁹. Por otro, sistemas que no encuentran obstáculos en materia de protección de datos pueden resultar prohibidos o no superar las condiciones de evaluación de conformidad del RIA.

Asimismo, la regulación de la FRIA (evaluación de impacto del RIA) efectuada en el art. 27 del RIA, no sigue los mismos parámetros que la evaluación de impacto del RGPD, por lo que se pueden producir discordancias o exigencias duplicadas en el caso de que hayan de seguirse ambos procedimientos de evaluación de impacto. Sin embargo, su régimen debe ser similar, dado que la evaluación de impacto del RIA complementa la evaluación de impacto del RGPD (art. 27.4).

La STJUE de 4 de julio de 2023 (C-252/21) se refiere a la colaboración entre las autoridades de control y otras autoridades como las autoridades de competencia, recordando las competencias de las primeras en materia de protección de datos personales y recomendando, ante las diversas competencias de ambas autoridades, el principio de cooperación leal del art. 4 TUE.

Más recientemente el CEPD ha aprobado una Declaración, con fecha 16 de julio de 2014, titulada “Statement 3/2024 on data protection authorities’ role in the Artificial Intelligence Act framework”, en la que destaca la necesaria colaboración entre las Autoridades nacionales de Protección de Datos y las Autoridades de vigilancia del mercado.

En tercer lugar, cabe preguntarse por la posible confusión en el ejercicio de derechos por las personas⁴⁰, según sean personas afectadas por

³⁹ A tal efecto RIBAS ya ha mostrado que existen discrepancias entre el art. 9.1 RGPD y el Reglamento RIA en cuanto a biometría.

⁴⁰ HERNÁNDEZ PEÑA indica que a partir del RIA se constituye un triple círculo de

el RIA o por la normativa de productos, interesados según el RGPD, o usuarios según la DSA⁴¹.

Un ejemplo de ello es el art. 86 RIA que reconoce el derecho a exigir explicación de las decisiones tomadas individualmente por el responsable del despliegue cuando entiendan que tienen un efecto perjudicial para su salud, su seguridad o sus derechos fundamentales (art. 86), pero estableciendo este derecho de forma subsidiaria, puesto que se aplica únicamente cuando no esté previsto de otro modo en el Derecho de la UE (apartado 3).

protección para los ciudadanos: seguridad de los productos, exigencias del RIA para los sistemas de IA, y protección de datos (“Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general”, pp. 617).

⁴¹ Por un lado, el art. 2.5 RIA dice que el RIA no afecta a la aplicación de las disposiciones sobre responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios previstas en el Capítulo II del Reglamento (UE) 2022/2065. Por otra parte, varios considerandos del RIA afirman que las obligaciones impuestas a los proveedores y responsables del despliegue en el art. 50 RIA van a ser especialmente pertinentes para la aplicación de la DSA (considerandos 118, 120, y 136).

Bibliografía

- ARTERO MUÑOZ A., RUIZ DE TOLEDO RODRÍGUEZ C. y MAIRAL MEDINA P., *Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial, la clave para un desarrollo ético, justo y sostenible*, *Revista Española de Control Externo*, núm. 74-75, 2023, pp. 32-45.
- CERVERA L., *Cooperación y coherencia (Comentario general al Capítulo VII RGPD)*, en TRONCOSO REIGADA A. (Dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, v. 2, Ed. Aranzadi, 2021, pp. 2845-2853.
- COTINO HUESO L. y otros (OdiseIA), *Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)*, *Diario La Ley*, 2 de Julio de 2021.
- DELLE CAVE G., *La tutela da e per l'IA: prime riflessioni sulla governance dell'AI Act e sull' (nueva?) autorità di vigilanza*, en *Osservatorio sullo Stato digitale*, 24 Aprile 2024.
- DE MIGUEL ASENSIO P.A., *Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial*, *La Ley Unión Europea*, N° 92, Mayo de 2021,
- FIERRO SERRANO E., *Coherencia (Comentario a los arts. 63 al 67 RGPD)*, en *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, v. 2, pp. 2908-2909.
- GIL FRANCO A. J., *¿Por qué la Agencia Española de Supervisión de la inteligencia artificial (AESIA) debe ser un organismo incluido dentro de la categoría "Administración independiente"?*. Comunicación presentada en el Congreso de la AEPD celebrado en Vigor en 2024.
- HERNÁNDEZ PEÑA J. C., *Organización y gobernanza de la inteligencia artificial: marco general*, en E. GAMERO CASADO, (dir.), *Inteligencia artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Ed. Tirant lo blanc, Valencia, 2023, pp. 599-630.
- NOVELLI C., HACKER P., MORLEY J., TRONDAL J., FLORIDI L., *A Robust Governance for the AI Act: AI Office, AI Board, Scientific Panel, and National Authorities*, en <https://ssrn.com/abstract=4817755>.
- RIBAS X., *Discrepancias entre el artículo 9.1 del RGPD y el Reglamento IA*, *LinkedIn* 1 marzo 2024.
- TERRÓN SANTOS D., DOMÍNGUEZ ALVÁREZ J. L., *i-Administración pública, sistemas algorítmicos y protección de datos*, Ed. Iustel, Madrid, 2022.
- VALERO TORRIJOS J., *Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración*, *Revista catalana de dret public*, núm. 58, 2019, págs. 82-96.
- VIDA FERNÁNDEZ J., *La gobernanza de los riesgos digitales: desafíos y avances en la regulación de la inteligencia artificial*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2022, Vol. 14, N° 1, pp. 489-503.

I controlli amministrativi: riforme senza cambiamento o cambiamento senza riforme? Spunti di riflessione di una evoluzione tra risultato, legalità finanziaria e co-amministrazione

MARINA D'ORSOGNA

SOMMARIO: 1. Introduzione: il controllo come riflesso del disegno costituzionale e la dialettica tra sostenibilità e diritti. – 2. L'evoluzione del sistema dei controlli nel prisma delle riforme amministrative: la transizione verso l'interesse-risultato e il "Valore Pubblico". – 3. Le premesse del nuovo cambiamento: aporie del sistema e spinte riformatrici. – 4. L'architettura dei controlli interni: la "pulsione pianificatoria" e l'integrazione incompiuta del P.I.A.O. – 5. La riespansione del controllo preventivo: nodi irrisolti, crisi decisionale e profili di legalità finanziaria. – 6. La trasformazione delle funzioni della Corte dei conti: il nuovo controllo preventivo "a chiamata" e la definitiva marginalizzazione del controllo concomitante. – 7. Conclusioni: verso una nuova ontologia del controllo tra risultato, algoritmi e garanzia.

1. Introduzione: il controllo come riflesso del disegno costituzionale e la dialettica tra sostenibilità e diritti

L'interrogativo assiologico su cui le presenti riflessioni intendono concentrarsi è se l'attuale configurazione dei controlli amministrativi¹ sia realmente in grado di invertere il disegno costituzionale che impone un equilibrio armonico tra la tutela del bilancio pubblico – informata ai principi di sostenibilità ed equità intergenerazionale² – e il principio di buon

¹ Per un inquadramento generale del sistema dei controlli nella sua originaria configurazione cfr., *ex multis*, G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, 2 voll., I ed., 1999, 1217 ss.

² Il tema dei riflessi intergenerazionali delle scelte effettuate dai pubblici poteri è ormai al centro del dibattito culturale e scientifico, sollecitato anche dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla nota sentenza n. 88/2014, ove la Corte ha affermato che l'attuazione del principio della sostenibilità del debito pubblico «implica una responsabilità che, in attuazione di quelli «fondanti» di solidarietà e di eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, ivi compresi quelli delle generazioni future». Più di recente la Corte, nella sentenza n. 228/2021, ha

andamento dell'Amministrazione quali precondizioni per l'erogazione di prestazioni adeguate alla collettività e all'effettivo soddisfacimento dei diritti civili e sociali.

Attualmente l'istituto del controllo appare gravato da una stratificazione di finalità eterogenee che ne hanno imposto periodiche rivisitazioni, innesti, proliferazioni e modifiche parcellizzate³. Tale fenomeno ha condotto ad un assetto magmatico, costantemente oggetto di critiche dottrinali sulla inadeguatezza dei suoi profili funzionali e di spinte verso ulteriori prospettive di riforma.

Riprendendo allora gli spunti di riflessione di Marco Dugato sulle "riforme mancate" e sulle "riforme spezzate"⁴, se ne condivide la sollecitazione ad una generale rimeditazione del paradigma riformatore: trattandosi di un "processo dinamico" e non di un fine in sé, non si può ragionevolmente prescindere (come invece accaduto nelle stagioni di riforma del sistema amministrativo) dal contesto in cui l'istanza novellatrice emerge e dalla ineludibile cognizione del substrato in cui si era collocata la precedente opzione regolatoria (su cui la nuova *idea* normativa andrebbe a incidere), onde l'esigenza ormai ineludibile di strutturare un nuovo *modus operandi* che non replichi le medesime eziologie di fallimento dell'assetto pregresso.

evidenziato che «la dichiarata connotazione dei domini collettivi come «comproprietà intergenerazionale» (art. 1, comma 1, lettera c, della legge n. 168 del 2017) mostra una chiara proiezione diacronica affinché l'ambiente e il paesaggio siano garantiti anche alle future generazioni». Per un inquadramento generale del tema è sempre utile il richiamo alla voce di A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, 331 ss.; e ai lavori monografici di R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; e, più di recente, di L. BARTOLUCCI, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euronazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Padova, 2020. Sia consentito altresì rinviare alla Relazione sul tema "*Equità intergenerazionale, investimenti e sostenibilità*" svolta in occasione del VI Convegno nazionale di contabilità pubblica, tenutosi presso l'università Ca' Foscari il 28 novembre 2023.

³ Così avvia la sua analisi E. D'ALTERIO, *La cultura del controllo nel sistema amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2024, 3 ss., la quale evidenzia come il numero eccessivo di controlli, le loro sovrapposizioni e l'eccessivo formalismo incidano negativamente sul funzionamento della macchina amministrativa. L'autrice sottolinea una persistente "insofferenza" del sistema verso uno sviluppo caotico dei controlli, che paradossalmente continuano ad aumentare invece di essere razionalizzati.

⁴ M. DUGATO, *Riforme mancate e riforme spezzate*, in *Le riforme amministrative*, a cura di A. BARTOLINI – T. BONETTI – B. MARCHETTI – B.G. MATTARELLA – M. RAMAJOLI, Bologna, 2024, 129 ss.

Incastonando, dunque, l'evoluzione della disciplina dei controlli entro le trame delle riforme dell'Amministrazione (snodatesi in parallelo dalla fine del Novecento a oggi e di cui i controlli hanno rappresentato un tassello centrale), è possibile trarre utili coordinate ermeneutiche per decryptare le ragioni della fragilità delle pretese maturate con il sistema dei controlli interni disegnato, negli anni Novanta, entro il prisma di "efficienza, efficacia ed economicità" (nell'allocazione delle risorse e nel perseguimento dei target di programmazione), poiché, sebbene tali interventi fossero necessari per attuare la rinnovata lettura costituzionale dei rapporti tra indirizzo politico e dimensione amministrativa, il loro ancoraggio spinto con la teoria del *New Public Management* (e dunque ad una impostazione marcatamente aziendalistica della funzione pubblica) in un clima di over-valorizzazione del mercato e della concorrenza, ha rappresentato la ragione stessa della loro epifania nel momento dell'affermazione del modello sociale di mercato e quindi ha imposto un ricondizionamento della logica aziendalistica ad altri valori.

In questa prospettiva, la riforma del sistema dei controlli può definirsi, allora, come una "*riforma non spezzata ma in parte mancata*" dato che il tratto distintivo del sistema è infatti rappresentato da un iper-attivismo del legislatore a cui fa da contraltare un'insoddisfacente e talvolta incompleta attuazione delle prescrizioni normative⁵.

Una progressiva erosione di incisività che oggi, in un contesto di repentino transito da un diritto amministrativo "dell'emergenza" a un diritto amministrativo "dell'abbondanza" – che ha rinvigorito il ruolo dei poteri pubblici nel rilancio economico e nella ricucitura delle relazioni di Comunità (per assolvere alle impellenti necessità delle transizioni e delle condizionalità connesse) – impone una riespansione dell'esigenza di un cambio di passo dei controlli, affinché cooperino all'inveramento di un modello di Amministrazione capace di realizzare una società giusta, equa e inclusiva.

Perché se certamente importante è la verifica sulla corretta allocazione delle risorse in una stagione di scarsità successiva alla crisi del debito sovrano, lo è anche più centrale nel contesto della ripartenza, connotato

⁵ C. SERENI LUCARELLI, *I controlli*, in *Le riforme amministrative*, a cura di A. BARTOLINI – T. BONETTI – B. MARCHETTI – B.G. MATTARELLA – M. RAMAJOLI, Bologna, 2024, 301 ss. secondo cui appunto "l'insoddisfacente e talora incompleta attuazione dei precetti normativi ne costituisce un tratto distintivo al pari del manifesto attivismo del legislatore nella materia".

da ambizioni assai elevate connesse a risorse non usuali rispetto alle ordinarie dinamiche di bilancio.

Tale transizione non deve comunque necessariamente declinarsi in una riscrittura normativa o nella moltiplicazione dei soggetti deputati, quanto piuttosto in una sistematizzazione dei dispositivi esistenti mediante una cooperazione più stringente e performativa tra le Amministrazioni e una integrazione dei contenuti delle diverse fattispecie di controllo.

In sintesi, a mo' anche di conclusione delle riflessioni che si andranno a svolgere, occorre una "manutenzione" del sistema che punti sul rafforzamento delle competenze e sulla *capacity building*, la quale rappresenta, verosimilmente, l'unico "*cambiamento necessario*" secondo la formula felice della indimenticata Carla Barbatì⁶.

2. *L'evoluzione del sistema dei controlli nel prisma delle riforme amministrative: la transizione verso l'interesse-risultato e il "Valore Pubblico"*

Il fenomeno del controllo, indagato nella sua accezione più ampia di verifica dell'esercizio dei poteri pubblici, rinviene il proprio fondamento nello Stato di diritto e nel correlato principio di legalità, inteso quale primato della legge nell'individuazione dei fini teleologici dell'agire pubblico. In tale alveo, la natura finalisticamente orientata della funzione amministrativa imporrebbe di riscontrare la coerenza della scelta amministrativa prima che la stessa spieghi i propri effetti; tuttavia, come autorevolmente statuito dalla Corte Costituzionale⁷, tale attività non può mai risolversi in una funzione meramente repressiva.

In questa prospettiva, la dottrina ha teorizzato il concetto di "controllo funzionale" proprio per sottolineare l'esigenza di «appropriare il riscontro... a ciascuna attività, a ciascun ente, a ciascun atto, in relazione diretta ai fini e agli obiettivi funzionali»⁸, con la conseguente apertura

⁶ Così C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubb.*, n. 1/2021, 15 ss.

⁷ Corte cost., sent. n. 406/1986.

⁸ A. CROSETTI, voce *Controlli amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 67 ss., ricorda che il controllo è nato come attività di riscontro di dati fiscali e contabili, ma anche di prestazioni e di attività, e che, è stato conformato dal "progressivo evolversi del modello di stato e quindi di amministrazione", addivenendo dunque a parlare di "controllo funzionale" proprio per sottolineare l'esigenza "di appropriare il riscontro...

ad una differenziazione dei moduli di vigilanza speculare alla profonda eterogeneità dell'attività e dell'organizzazione amministrativa contemporanea.

La stringente correlazione con il sistema dei pubblici poteri consente, pertanto, di rintracciare nell'evoluzione dell'assetto dei controlli le linee portanti della metamorfosi della Pubblica Amministrazione e dei suoi principi – sia sotto il profilo strutturale che nell'ordine dell'azione – a decorrere dagli anni '90. Il controllo ha partecipato, dunque, delle «contraddizioni e frammentazioni» proprie dell'evoluzione del diritto amministrativo, divenendo, nella stagione più recente, l'epifania della «reale portata e qualità della trasformazione organizzativa» dell'ordinamento pubblicistico complessivamente inteso⁹.

Tale transizione dogmatica si è articolata attraverso plurime direttrici: la ridefinizione dei rapporti tra dimensione politica e amministrativa, fondata su una separazione funzionale orientata alla programmazione strategica¹⁰ e sul superamento della gerarchia quale principio ordinante, processo che ha trovato nel nuovo sistema dei controlli interni il proprio tassello di completamento per realizzare una piena responsabilizzazione della dirigenza nella rilettura sistematica degli artt. 95 e 97 Cost.; l'evoluzione dell'interesse pubblico, transitato da una dimensione statualistica e autoreferenziale a un paradigma di interesse-risultato¹¹; la qualificazione

a ciascuna attività, a ciascun ente, a ciascun atto, in relazione diretta ai fini e agli obiettivi funzionali” propri di questi (78).

⁹ G. BERTI, N. MARZONA, voce *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, vol. III, aggiornamento, Milano, 1999, 457 ss., in part. 458.

¹⁰ Sul punto sia consentito il rinvio a M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica Amministrazione*, Torino, 2001; ID., *Pianificazione e programmazione*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Volume V, 2006, 4300.

¹¹ Tale transizione trova oggi un preciso ancoraggio normativo negli artt. 1 e 2 del D.Lgs. 36/2023 (Nuovo Codice dei Contratti Pubblici). La bibliografia è ormai amplissima. Per un proficuo approfondimento cfr. da ultimo M. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, n. 9/2024, p. 206 ss., il quale, nel ricostruire accuratamente il dibattito degli ultimi decenni che ha portato all'emersione del paradigma della c.d. Amministrazione di risultato, puntualizza che «(...) quando una norma di legge attribuisce ad un centro di competenza l'esercizio di un potere, ciò accade unicamente in vista della produzione di un effetto tipizzato nella stessa disposizione (e conformato nella regola del caso), ossia del conseguimento di un assetto degli interessi, un “risultato” che, proprio perché ontologicamente già considerato dalla norma, ne costituisce parte integrante, consustanziale, assurgendo in tal modo da generico bene della vita a bene giuridicamente qualificato, passibile anche di eventuale tutela giudiziaria... lo scopo giustifica l'esercizio del potere

giuridica del principio di efficacia (*ex* L. n. 241/1990) quale idoneità del provvedimento a tradurre in risultati concreti i fini tipizzati dalla legge; l'affermazione di un sistema attento alla legittimità sostanziale delle scelte (*ex* art. 21-octies L. 241/90), oggi curvato (secondo le formule normative recenti) verso la produzione di un "valore pubblico" inteso in termini di benessere socio-culturale, economico e ambientale; il superamento della centralità teorica dell'atto a favore della piena giuridicizzazione dell'intera attività amministrativa, con la emersione della categoria della "operazione amministrativa"¹²; la valorizzazione degli artt. 97 e 98 Cost. e dei principi di imparzialità e buon andamento in essi racchiusi, intesi quali presidi della sfera riservata dell'Amministrazione ma anche, e soprattutto, del dovere inderogabile di solidarietà che ha sollecitato la riscoperta del ruolo costituzionale dell'Amministrazione – segnatamente nella funzione erogatrice di servizi – al servizio della persona e della comunità; la valorizzazione della trasparenza quale parametro dell'azione amministrativa con le più ampie finalità di prevenzione e repressione dei fenomeni corruttivi¹³.

Queste premesse hanno informato le prime due stagioni di riforma dei controlli (1990-2010 e 2010-2020)¹⁴.

In primo luogo, si è superata la concezione di un'Amministrazione che, pur entro i limiti fissati dalla legge nell'ossequio (almeno sul piano

e lo connota, lo delimita, lo conforma alla situazione sulla quale incide, traduce il potere astratto in un bene della vita materialmente definito da conseguire mediante l'esercizio dell'attività pubblica. In altri termini, la norma di legge che conferisce poteri (unitamente alla regola del caso fissata dall'azione istruttoria dell'amministrazione), sottraendo la relativa dinamica al libero gioco dei soggetti sociali ed economici, non opera in vista della definizione di un'astratta egemonia istituzionale legittimata persino a comprimere libertà e diritti, bensì in vista del conseguimento di concreti risultati rispondenti al pubblico interesse» (210-211).

¹² Cfr. F.G. SCOCA, (voce) *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Annali VI, 2002, 75 ss.; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

¹³ Cfr., *ex multis*, M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Dir. amm.*, n. 2/2024, 471 ss.

¹⁴ Osservava già F. TRIMARCHI BANFI, *Il controllo di legittimità*, Padova, 1984, 79 ss., che due sono le linee di sviluppo che si dipanano da premesse in larga parte comuni alla dottrina e che poi, in parte, sono state recepite nella complessiva riforma degli anni Novanta. Un primo filone è stato favorevole alla trasposizione del controllo all'interno dell'amministrazione, in particolare nel momento del procedimento amministrativo in modo da superare quella contrapposizione tra controllore e controllato apparsa un retaggio della categoria della soggettività giuridica; un altro filone, invece attraverso un'accentuata formalizzazione della fase di controllo conduce ad una trasformazione di questo in senso giustiziale.

formale) del principio di legalità, agiva per un interesse proprio: il controllo non è più configurato come funzione ancillare all'esigenza di salvaguardare l'«unità del dovere statale», ossia come intervento sanzionatorio «dell'obbligo degli enti pubblici» di operare in favore dell'interesse dello Stato¹⁵. Tale modello, impostato come «riesame» sulla rispondenza dell'atto a determinate norme, esitava in un provvedimento incidente sull'efficacia con portata impeditiva.

In secondo luogo, si è assistito a un riorientamento contenutistico: i canoni di efficacia ed efficienza¹⁶ hanno imposto un arricchimento dei parametri di verifica, non più limitati al riscontro cartolare della legalità.

Sotto il profilo teorico, le soluzioni prospettate per tali nuove finalità sono state duplici: l'introduzione di controlli esterni che integrassero il riscontro di legittimità con quello di efficienza, ovvero l'articolazione di un sistema di controlli interni, necessariamente successivi, distinti per profili soggettivi, oggettivi e parametrici.

La prima soluzione è stata recepita dalla Legge n. 20/1994 (nella sua versione originaria)¹⁷ che, riformando il sistema della Corte dei Conti, ha decretato il passaggio «da un sistema che ha il suo centro nel controllo di legittimità preventivo sui singoli atti (...) ad un sistema che, pur non escludendo quel controllo sugli atti qualificabili come (almeno in

¹⁵ U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto Amministrativo italiano*, II, 2°, Milano, 1915, 608 ss., il quale, concependo dopo gli studi romaniani gli enti locali come enti autarchici, non abbandona l'idea che il controllo al pari delle attività svolta da questi enti si esplica nell'interesse della amministrazione (tutta di matrice) statale: gli enti pubblici, secondo l'A., derivano il loro carattere pubblico “da un processo di *statualizzazione* dell'interesse collettivo” (651), “*hanno, verso lo Stato, l'obbligo di operare pel soddisfacimento dei propri scopi*” (652), che tale obbligo concerne “non solo l'*opportunità* dell'azione (...) ma anche la sua conformità al diritto: l'eventuale illegittimità dell'azione (...) non è *soltanto* una violazione dell'ordinamento giuridico, ma *anche* un vizio specifico che turba il buon andamento dell' della pubblica amministrazione (656), concludendo, pertanto, che i controlli costituiscono “la *sanzione* dell'obbligo caratteristico degli enti pubblici” [i corsivi sono dell'A.]. Dal presupposto, dunque, che il controllo si esercita nell'interesse della pubblica Amministrazione, l'A. trae poi la specifica deduzione della discrezionalità del provvedimento di controllo.

¹⁶ Cfr. le riflessioni di R. URSI, *Il paradigma europeo dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3-4/2018, 839 ss.

¹⁷ Sulla riforma del 1994 e la sua logica di riduzione del controllo preventivo, v. F. STADERINI – P. RICCIARDI, *I controlli nella pubblica amministrazione*, Padova, 1996; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, vol. II, pp. 1343 ss. Per un raffronto con la disciplina comparata, v. E. BURLANDO, *Le istituzioni superiori di controllo nell'Unione europea*, in *Riv. Corte dei conti*, 2022, n. 1.

principio) fondamentali, si impernia sul controllo concomitante e posteriore sull'intera gestione, condotto da un puto di vista comprensivo di previsioni di legge, imparzialità, efficienza»¹⁸; con questa riforma di cui fanno parte integrante anche le previsioni della L. n. 40/1993, che si è poi intrecciata con i controlli interni di cui al D.Lgs n. 286 del 1999, trova affermazione un controllo sull'attività complessivamente svolta dalla Amministrazione coinvolgente l'efficienza (in senso largo), incentrato sì sulla efficacia (i risultati) e sull'economicità (il rapporto costi-benefici), ma includente anche la legalità (atteso il riferimento esplicito alla legittimità e correttezza dell'agire dell'amministrazione), che viene chiamato controllo di (o sulla gestione), i cui parametri vengono definiti dalla stessa Corte dei conti, tenuta a stendere annualmente un programma per l'adempimento dei compiti ad essa demandati, ove individuare i settori e all'interno di essi le attività da sottoporre a verifica.

L'alternativa metodologica ha invece trovato concretizzazione nel sistema delineato dal D.Lgs. n. 286/1999, che ha tipizzato quattro modelli di controllo interno, ulteriormente evolutisi con il D.Lgs. n. 150/2009 e l'introduzione del "ciclo della performance", ossia di un meccanismo più sofisticato e (stando alle intenzioni del legislatore) idoneo ad incentivare il merito e la qualità delle prestazioni individuali e organizzative.

D'altro canto la stessa Carta Costituzionale non reca un disegno organico e completo dell'attività di controllo, né una opzione decisa «a favore di una funzione di controllo coerente ed armonizzata con un sistema amministrativo ispirato al principio di autonomia in tutte le sue espressioni: autonomia dell'amministrazione dal potere politico, innanzitutto; autonomia all'amministrazione locale dell'apparato centrale»¹⁹. L'assenza di una precisa direttrice ha consentito, dunque, il recupero (e rafforzamento) di concetti tradizionali (che presiedevano all'organizzazione e all'attività amministrativa, ed anche) in materia di controlli, e quindi la persistenza dei controlli preventivi di legittimità sia sullo Stato che sulle autonomie locali, limitando gli interventi innovativi successivi a quelli

¹⁸ U. ALLEGRETTI, *I controlli sull'amministrazione dal sistema classico all'innovazione: le problematiche generali*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli sulla pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, 15 ss., in part. 58, nota 12, osserva che la rilevanza dell'attività in senso complessivo delle amministrazioni pubbliche "avrebbe potuto essere rilevata almeno empiricamente sulla base dell'osservazione delle tipologie di controlli quali quelli sui rendiconti e i consuntivi a fini – non soltanto disciplinari e di esame della responsabilità dei funzionari – che esistevano da gran tempo nel diritto positivo.

¹⁹ G. BERTI, *op. cit.*

«inevitabili» in quanto “appariscenti”, come l’istituzione del controllo generale sulla gestione finanziaria degli enti sovvenzionati, il trasferimento del controllo sugli enti locali alle Regioni²⁰ e la riduzione del controllo di merito sugli atti delle autonomie a mera richiesta di riesame.

La Costituzione, peraltro, non specifica se il sindacato di legittimità debba riguardare la generalità degli atti o categorie limitate, né se debba avere carattere necessariamente preventivo o quali effetti debbano ricollegarsi all’esito negativo²¹. L’articolazione dei controlli in giudizi con una varietà di oggetti e parametri ha scardinato l’uniformità delle misure conseguenti: parallelamente al ridimensionamento dell’atto come oggetto del giudizio, si è assistito alla sostituzione delle misure autoritativo-sanzionatorie con dispositivi di natura collaborativo-correttiva che si sostanziano prevalentemente in “relazioni” che attivano meccanismi di autocorrezione e responsabilità dirigenziale. Tale scelta era coerente con l’orientamento prevalente negli ordinamenti dell’area euro-continentale e con i criteri di *audit* raccomandati dalle istituzioni di controllo dell’Unione europea in particolare dall’INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions).

Il controllo si è così curvato in una “attività ausiliaria” delle altre funzioni pubbliche (indirizzo politico, normazione, amministrazione, giurisdizione)²²

²⁰ Sulla riforma dei controlli sugli enti territoriali minori cfr. A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57 ss.

²¹ U. POTOTSCHNIG, *Controlli e principi costituzionali sulla pubblica amministrazione*, in *Reg. e gov. loc.*, 1984, 28 ss., che, in riferimento al vecchio testo dell’art. 130 Cost., osserva che questa è “una norma che va interpretata senza alcuna pretesa di ritrovare in essa lo ‘Statuto’ del controllo sugli enti locali, e forse anche senza l’illusione che essa fornisca gli unici parametri di questo controllo. La sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 1981, accogliendo solo parzialmente le eccezioni di incostituzionalità sollevate nei confronti delle norme attributive di particolari poteri sui comuni e sulle provincie alla Commissione centrale sulla finanza locale, ne è una conferma evidente. In particolare, la Costituzione non dice se il controllo di legittimità debba riguardare necessariamente la generalità degli atti, o possa venire invece limitato soltanto ad alcuni o ad alcune categorie di essi. In secondo luogo non dice se il controllo di legittimità debba avere obbligatoriamente carattere preventivo, né quali effetti si ricolleghino in caso di esito negativo del controllo”.

²² D. SORACE, *Nuovi assetti e prospettive dei controlli esterni*, in *Banca d’Italia, I controlli*, Roma, 1999, 305 ss., evidenziava che, abbandonando il “dogma” del controllo tradizionale, non più conforme alla nuova realtà normativa, il controllo si atteggia sempre più come “un’attività ausiliaria di altre funzioni dei pubblici poteri (indirizzo politico, normazione, amministrazione, giurisdizione) consistente essenzialmente nel portare a incontestabile conoscenza di questi ultimi mediante una formale ‘relazione’ i risultati delle verifiche e valutazioni di conformità di quanto controllato ai parametri costituiti dai principi cui devono attenersi le amministrazioni nel loro operato”.

o, più propriamente, in uno strumento di regolazione amministrativa (analogamente a ciò che accade nei rapporti sulle attività economiche)²³, con la stessa logica di limitare l'intervento dove strettamente necessario per impedire la co-decisione sostanziale. La differenza rispetto al passato è strutturale: nel controllo sull'attività, la valutazione non ripercorre puntualmente l'insieme degli atti, ma confronta l'agire amministrativo rispetto ai risultati conseguiti e al rapporto costi-benefici, con piena indipendenza dal procedimento controllato.

Con la prima stagione dei controlli è stata così sancita una scissione degli strumenti di verifica in relazione ai diversi parametri di riferimento normativamente previsti: se in passato vi era coincidenza tra controllo amministrativo e giurisdizionale con conseguenti rallentamenti, la *ratio* di questo primo episodio di riforma è sembrato risiedere proprio nella consapevolezza che la operata distinzione del "campo" di valutazione risponde con maggiore lucidità e immediatezza agli interessi (rispettivamente dell'Amministrazione medesima e del privato) che si intendono tutelare nelle due diverse sedi, anche se poi il vantaggio complessivo che deriva dall'affermarsi di un'Amministrazione che agisce legittimamente e anche in maniere efficiente appartiene a tutta la collettività.

L'assetto dei controlli interni ridisegnato dal D.Lgs. n. 286 del 1999 scompone invece l'unitaria figura prevista dal D.Lgs. n. 29/1993 in quattro momenti distinti: il controllo di regolarità amministrativa e contabile, il controllo di gestione, la valutazione della dirigenza e il controllo strategico. In questa impostazione, ogni modulo assume finalità diverse ed è demandato a strutture differenti: la distinzione, sotto il profilo funzionale come sotto il profilo strutturale, di quattro distinti tipi di controllo è assunta, infatti, quale principio generale della «progettazione d'insieme dei controlli interni».

Dall'esame del decreto emerge, dunque, l'idea del legislatore delegato di risolvere alcuni dei nodi problematici rimasti irrisolti a seguito dei precedenti interventi normativi riformatori in materia, quali la commistione di compiti eterogenei in capo alle medesime strutture, la confusione funzionale tra servizi di controllo interno e nuclei di valutazione, il collegamento, in termini di complementarità e non di sostituzione né di duplicazione, tra controlli interni e controllo esterno sulla gestione delle amministrazioni pubbliche svolto dalla Corte dei Conti, la caratterizzazione di essi in termini collaborativi e non meramente sanzionatori.

²³ M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. Pubbl.* 2020, 159 ss.

Il successivo D.Lgs. n. 150/2009 è intervenuto per emendare le aspettative parzialmente tradite dalla riforma del 1999, segnatamente la difficoltà di individuare indicatori di performance e di tradurre gli esiti del controllo in elementi di premialità da un lato e di valutazione della responsabilità dirigenziale dall'altro. Con l'introduzione del ciclo della performance, i controlli divengono infine un veicolo per il miglioramento della qualità dei servizi e per la crescita delle competenze professionali della tecnostruttura ma anche questa modifica è stata piuttosto illusoria.

3. *Le premesse del nuovo cambiamento: aporie del sistema e spinte riformatrici*

Il giudizio sull'attuale assetto dei controlli, considerato nella sua dimensione sistemica e complessiva, non può dirsi dunque pienamente positivo. Se, infatti, le singole discipline di settore, analizzate atomisticamente per categorie (si pensi ai controlli interni o a quelli successivi sulla gestione), rivelano una compiutezza normativa tale da suggerire esclusivamente un affinamento delle concrete modalità attuative²⁴, è la loro interazione funzionale a manifestare gravi disfunzioni. Tale asincronia genera criticità che oggi sospingono nuovamente l'ordinamento verso una stagione di riforme, volta a valorizzare gli elementi positivi – tutt'altro che irrilevanti – intrinseci alle diverse forme di controllo.

Oltre alla constatazione che i controlli condividono con la funzione amministrativa le medesime complicazioni e contraddizioni ontologiche, le criticità evidenziate dalla dottrina risiedono nell'eccessiva ipertrofia numerica, nelle sovrapposizioni soggettive e in un formalismo esasperato, fattori che ne depotenziano l'utilità per un'Amministrazione di risultato o Amministrazione performante²⁵.

La riforma del 1999, a titolo esemplificativo, ha sollevato profili problematici di natura sistemica che ne hanno precluso una piena attuazione: si pensi alla disarmonia della programmazione strategica rispetto ai contenuti e alla tempistica della legge di bilancio; alla laboriosa messa a regime dei controlli interni dovuta alla ritrosia nell'ancorare gli esiti del riscontro all'attribuzione di premialità economiche; nonché alla carenza di un'adeguata pubblicizzazione e trasparenza dei risultati conseguiti.

²⁴ M. CLARICH, *Riforme amministrative*, cit.

²⁵ E. D'ALTERIO, *La cultura del controllo*, cit.; C. VENTIMIGLIA, *Amministrazione performante e sistema dei controlli interni*, Palermo, 2023.

Già Massimo Severo Giannini nel suo celebre Rapporto, definiva il tema dei controlli un «argomento dolente», in quanto «inchiodato da disposizioni costituzionali che codificano e impongono l'antiquata figura del controllo preventivo di legittimità; e continua a rimanere ancora un «cantiere aperto»²⁶ da almeno un trentennio, essendo stato gravato di plurime finalità e aspettative salvifiche: dalla lotta alla *maladministration* a strumento di valorizzazione del merito, dalla razionalizzazione della spesa pubblica²⁷ al miglioramento della qualità dei servizi, sino alla più recente funzione di presidio della trasparenza e prevenzione della corruzione negli apparati pubblici²⁸.

Secondo la narrazione corrente dunque, l'attuale contingenza sembrerebbe configurarsi come occasione per nuove «controriforme» volte a fronteggiare la nuova espansione dei controlli preventivi di legittimità, in particolare dopo il rafforzamento nel 2012, a seguito della crisi del debito sovrano, del controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria delle Regioni e degli enti locali, e più di recente, dopo la crisi pandemica, con una ulteriore revisione dei controlli sia interni che esterni, per sistematizzare la messe dei controlli esterni e per attuare un approccio integrato per quelli interni. È dunque necessario indagare le basi di tali trasformazioni affinché le modifiche si traducano in reale innovazione e non in un mero sovraccarico del quadro normativo.

Per quanto concerne i controlli esterni, si assiste a una vera e propria ricostruzione di un sistema pervasivo, fondato su giustificazioni concorrenti come l'ansia del risultato e l'esigenza di un impiego oculato delle risorse nella prospettiva della sostenibilità del bilancio e dell'equità intergenerazionale, come tassello per ripensare al ruolo dello Stato e dei

²⁶ Così A. MARRA, *Gli effetti dell'emergenza sui controlli amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2024, 33 ss., evidenzia il paradosso tra la sospensione di alcuni controlli di legittimità per accelerare la spesa e l'introduzione di nuovi e complessi apparati di audit e monitoraggio presso la Ragioneria Generale dello Stato per garantire i target europei.

²⁷ Si veda compiutamente E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.

²⁸ Sul punto, anche per ulteriori considerazioni sul ruolo dei controlli nel contrasto alla corruzione degli amministratori pubblici, si v. G. D'AURIA, *Controlli esterni sull'attività amministrativa e prevenzione della corruzione*, in *Corruzione e pubblica amministrazione*, a cura di M. D'ALBERTI, Napoli, Jovene, 2017, 420 ss.; sulle competenze dell'ANAC agli stessi fini, si v., da ultimo, M. DELSIGNORE e M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 61 ss., nonché F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019.

poteri pubblici nei momenti di emergenza; più in generale come conseguenza della esplosione di quella che, con voce un po' caustica, è stata definita la "pulsione pianificatoria" che ha investito le Amministrazioni negli ultimi 25 anni perché – come ben evidenziato da Luisa Torchia nella sua voce sulle riforme amministrative²⁹ - l'imposizione dell'obbligo di una serie crescente di piani pluriennali ha ampliato indirettamente l'area dei controlli: tali piani fissano obiettivi e risultati che l'Amministrazione deve raggiungere, imponendo la chiusura del ciclo strategico attraverso controlli *ad hoc* per verificarne l'effettivo conseguimento.

Piano delle performance, piano anticorruzione, piano dei fabbisogni, piano del lavoro agile (tra i molti) fissano (secondo lo schema ampio della programmazione strategica) obiettivi e risultati che l'Amministrazione è chiamata a raggiungere in ciascuno di questi ambiti (di organizzazione e di attività), ma, proprio per rispondere pienamente alla impronta di una programmazione strategica, è prevista al chiusura del ciclo attraverso la previsione di controlli di controlli *ad hoc* per verificarne l'effettivo conseguimento.

4. *L'architettura dei controlli interni: la "pulsione pianificatoria" e l'integrazione incompiuta del P.I.A.O.*

Sul versante interno, appare particolarmente significativa l'introduzione del P.I.A.O. (Piano Integrato di Azione ed Organizzazione) operata dal D.L. n. 80/2021, nel solco delle misure di rafforzamento della *capacity building* funzionali all'attuazione del PNRR³⁰. Tale strumento, completato dal D.P.R. n. 81/2022 e dal D.M. n. 132/2022, rappresenta un tassello della rivitalizzazione della pianificazione degli ultimi vent'anni³¹. Il P.I.A.O. nasce con l'intento ambizioso di operare una semplificazione sostanziale³², assorbendo i diversi piani settoriali – tra loro strettamente collegati dal punto di vista funzionale ma precedentemente autonomi –

²⁹ L. TORCHIA, voce *Riforma amministrativa*, in *Enc. Dir. I tematici*, III, *Le funzioni amministrative*, Milano, 987 ss.

³⁰ Cfr. l'interessante analisi di E. TATI, *I controlli amministrativi alla luce del Piano nazionale di ripresa e resilienza: problemi e prospettive tra efficienza e condizionalità*, in *Federalismi*, n. 33/2022, 66 ss.

³¹ A. CORRADO, *La difficile strada delle a semplificazione imboccata dal PIAO*, in *Federalismi*, n. 27/2022, 186 ss.

³² Sul concetto di "valore pubblico", vedi E. MOORE, *Creating Public Value*, Harvard University Press, 1995, e la sua recente declinazione nel PIAO italiano ex D.L. n. 80/2021.

in un unico atto di programmazione. Tuttavia, l'analisi dogmatica della sua prima fase di attuazione evidenzia una serie di criticità strutturali, quali la frammentazione degli organi di controllo, la mancanza di coordinamento sostanziale, e il limite della "fusione formale".

Nonostante l'unificazione formale del documento, il sistema di monitoraggio rimane ancorato, infatti, a una logica atomistica³³. Per il Piano della performance, la verifica sul raggiungimento degli obiettivi di efficienza è demandata all'O.I.V. (Organismo Indipendente di Valutazione); per la prevenzione della corruzione, il controllo si duplica tra il Responsabile interno (RPCT) e l'ANAC sul versante esterno; per il piano dei fabbisogni, intervengono i revisori contabili per la coerenza della spesa.

Gli organi competenti per la predisposizione delle diverse sezioni hanno spesso agito come "monadi", in maniera del tutto indipendente e senza un coordinamento preventivo, complice l'assenza di norme istitutive che ne prescrivessero l'integrazione operativa.

Tale mancanza di coordinamento sostanziale evidenzia che la fusione degli atti è avvenuta su un piano formale (sezioni e sottosezioni), ma non ancora sul piano del monitoraggio, che prosegue secondo le precedenti indicazioni normative (*ex* D.Lgs. n. 150/2009). La convergenza di atti nati con finalità diverse in un unico contenitore normativo (diviso in Sezioni e sottosezioni *ex* D.M. n. 132/2022) non ha ancora prodotto dunque una reale sintesi dei contenuti sostanziali che permangono slegati e frammentati.

Permane, comunque, un interrogativo di fondo: l'operata *reductio ad unum* può dirsi scevra di aporie sistemiche?

La risposta è purtroppo negativa.

La prima e più evidente criticità risiede nel rischio di una omologazione ontologica tra atti di natura profondamente eterogenea: fondere in un unico strumento la programmazione del fabbisogno del personale, la strategia della performance e i presidi anticorruzione significa tentare una sintesi tra funzioni che rispondono a logiche giuridiche divergenti. Se la performance è proiettata verso l'ottimizzazione del risultato in un'ottica quasi aziendalistica, la prevenzione della corruzione agisce

Per un primo inquadramento della normativa cfr. P. LOMBARDI, *Piao e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico*, in *Federalismi*, n. 19/2023, 186 ss.

³³ Critico sull'effettiva portata innovativa del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (art. 6 d.l. 80/2021) è A. MARRA, *op. cit.*, secondo cui, allo stato attuale, il P.I.A.O. appare più come una "sommatoria di piani" preesistenti che come un atto di programmazione realmente integrato, denunciando il rischio di una "pianificazione cartolare" priva di una vera cultura del monitoraggio.

come limite esterno e vincolo di legalità; la loro convivenza forzata nel medesimo alveo documentale rischia di produrre una mutazione genetica della funzione di controllo, dove l'esigenza di efficienza potrebbe finire per fagocitare i presidi di garanzia.

Spostando lo sguardo sulla categoria del "valore pubblico", che del PIAO costituisce il perno assiologico, la dottrina più attenta ha evidenziato come ci si trovi dinanzi a un concetto dai contorni pericolosamente sfumati. Se da un lato l'idea di misurare l'impatto dell'azione amministrativa sul benessere collettivo sposta il diritto amministrativo verso una dimensione di "legalità di risultato", dall'altro la mancanza di una rigorosa tassonomia dei parametri di valutazione espone l'amministrazione a una deriva di soggettivismo decisionale. Il Valore Pubblico, in assenza di un'ancora normativa solida, rischia di trasformarsi in una "clausola generale" eccessivamente elastica, utilizzata per giustificare scelte amministrative dettate da contingenze politiche piuttosto che da parametri tecnici prestabiliti, svuotando così di contenuto il principio di imparzialità.

Un ulteriore nodo problematico concerne l'efficacia esterna del Piano e la sua giustiziabilità. La natura del PIAO come atto di alta amministrazione ne rende complessa l'impugnazione, eppure le sue ricadute sull'organizzazione interna e sull'accesso al pubblico impiego hanno riflessi diretti sui diritti dei terzi. Si pone dunque il tema del sindacato del giudice amministrativo: come può il magistrato penetrare la discrezionalità tecnica di un piano così complesso senza sconfinare nel merito dell'azione amministrativa? Il timore è che la complessità stessa dello strumento diventi uno scudo procedurale che nasconde vizi di eccesso di potere sotto la veste della programmazione strategica.

Infine, non si può ignorare la distonia dimensionale che affligge la riforma. L'architettura del PIAO appare modellata su amministrazioni dotate di elevata capacità progettuale, ma quando questa viene calata nella realtà dei piccoli enti locali, il rischio del "formalismo di ritorno" si fa concreto. In questi contesti, la ricerca del Valore Pubblico rischia di ridursi a un mero adempimento compilativo, dove la semplificazione promessa dal legislatore si ribalta nel suo opposto: una sovrastruttura burocratica che, lungi dal liberare energie, finisce per ingessare ulteriormente uffici già stremati dalla carenza di personale. In definitiva, se il PIAO aspira a essere la "costituzione operativa" della PA, deve ancora superare la prova di una sintesi che non sia solo formale, ma che riesca a far dialogare la cultura della gestione con quella della legalità senza che l'una diventi l'alibi per il fallimento dell'altra.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sui regolamenti attuativi, aveva espresso una valutazione severa su questo “spezzettamento”, evidenziando come la mera modifica del dato normativo sia insufficiente se non accompagnata da un approccio radicalmente nuovo alla *capacity building*. Il P.I.A.O. dovrebbe invece candidarsi a essere lo strumento elettivo per trasferire sul piano attuativo una nuova cultura della programmazione, permeata dal principio del “risultato” e supportata da una profonda reingegnerizzazione dei procedimenti³⁴. In questa prospettiva, l’istituzione dell’Osservatorio nazionale del lavoro pubblico presso il Dipartimento della Funzione Pubblica dovrebbe mirare a promuovere una reale integrazione strategica, trasformando il P.I.A.O. da adempimento burocratico a leva di sviluppo organizzativo, capace di decretare una reale semplificazione dei controlli attraverso il coordinamento e la collaborazione.

Sotto il profilo del controllo esterno della Corte dei conti, hanno assunto rilievo sin da subito l’introduzione del controllo concomitante (*ex art. 22 D.L. n. 76/2020*)³⁵ e dei controlli relativi alla realizzazione del PNRR, cui si affiancano l’Organismo permanente di monitoraggio sulle infiltrazioni criminali e la Rete dei referenti antifrode.

Il decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124 – e le sue successive integrazioni nel contesto della gestione dei fondi europei – ha introdotto il controllo concomitante come risposta sistematica all’esigenza di un presidio della legalità *in itinere* che, pur riconducibile al genere del controllo sulla gestione, se ne discosta significativamente poiché inerisce a gestioni non ancora concluse, consentendo interventi correttivi in corso d’opera volti a dare impulso e accelerare gli interventi di rilancio dell’economia nazionale.

Questo istituto non si limita a verificare la regolarità contabile *ex post*, ma consente al magistrato contabile di intervenire durante la fase di esecuzione dei programmi di spesa, formulando rilievi e segnalazioni motivate che l’amministrazione è tenuta a considerare prima che il danno erariale si cristallizzi in forma irreversibile. Il controllo concomitante rappresenta, in questo senso, il punto più avanzato dell’evoluzione funzionale della Corte: non più giudice del passato, ma osservatore qualificato

³⁴ M. DELSIGNORE-M. RAMAJOLI, *I percorsi per le riforme: veicoli, sedi e attori*, in *Le riforme amministrative*, a cura di A. BARTOLINI – T. BONETTI – B. MARCHETTI – B. G. MATTARELLA – M. RAMAJOLI, Bologna, 2024, 77 ss.

³⁵ Sul controllo concomitante nella sua configurazione originaria *ex art. 22, d.l. n. 124/2019*, v. F. SUCAMELI, *Il controllo concomitante della Corte dei conti: genesi, natura e prospettive*, in *Riv. Corte dei conti*, 2020, n. 2; C. CHIARIOTTI, *Il controllo concomitante tra logica procedurale e orientamento ai risultati*, in *Dir. amm.*, 2021, 620 ss.

del presente, capace di accompagnare l'Amministrazione nel labirinto normativo della gestione dei fondi pubblici, e in particolare di quelli europei. Esso pone, tuttavia, un problema dogmatico di non agevole soluzione: quando il magistrato contabile interviene durante il procedimento formulando rilievi che orientano le scelte dell'amministrazione, il confine tra controllo e gestione si fa labile, e il rischio della «co-amministrazione» si fa concreto³⁶.

Alcuni interventi particolarmente incisivi della Corte dei conti in sede di controllo concomitante hanno spinto però il legislatore ad una sua rimodulazione, aprendo così la strada alla terza recente stagione di riforme.

5. *La riespansione del controllo preventivo: nodi irrisolti, crisi decisionale e profili di legalità finanziaria*

Come evidenziato in apertura, i controlli preventivi integrano la forma più invasiva per l'autonomia decisionale dell'Amministrazione, precludendo l'immediata efficacia dell'atto. Tale carattere ne ha svalutato la funzione ausiliaria, calandolo in un quadro istituzionale di sfiducia nell'operato dell'Amministrazione. È stato quindi naturale che, nell'epoca della semplificazione da un lato e dell'efficienza concorrenziale dall'altro (*quali canoni informanti il sistema*), tali controlli siano stati ripensati perché – nel «rapporto di utilità»³⁷ tra attività di controllo e attività amministrativa – il controllo deve essere costruito in maniera adeguata e proporzionale all'interesse che costituisce la finalità del potere di controllo. Ed in quel periodo storico l'aspetto del rallentamento sull'esercizio spedito dell'azione rispetto alla utilità di uno svolgimento migliore della sua attività (sotto il profilo formale e sostanziale), è pesato di più, per cui con riferimento ai controlli preventivi di legittimità della Corte dei conti, si è optato per un ridimensionamento della applicazione.

Tuttavia, si registra oggi una chiara riespansione di tali controlli³⁸,

³⁶ Per la distinzione tra «legalità-garanzia» e «legalità-efficienza», v. anche M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022.

³⁷ G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli amministrativi e la Corte dei conti a un quarto di secolo da una storica riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2019, 705 ss.

³⁸ Come rilevato da E. GIARDINO, *I controlli preventivi di legittimità e le questioni irrisolte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2024, 81 ss., l'introduzione dei principi del «risultato» e della «fiducia» segna un tentativo di superare la logica del «sospetto» che ha caratterizzato la legislazione precedente, riducendo quel formalismo esasperato che dequotava la scelta amministrativa.

come una aporia del sistema, che, come ampiamente indagato nella stessa recente indagine a più mani³⁹, si giustifica su tre ordini di fattori⁴⁰.

In primo luogo si registra una estensione normativa del controllo come reazione alla *mala gestio* e quindi al clima di sfiducia verso l'operato dell'Amministrazione, come avvalorato anche dalla diffusione di ipotesi di dequotazione della riserva di amministrazione a favore di un "amministrare per legge" a tratti peraltro stigmatizzata dalla stessa Corte costituzionale che mal ha tollerato l'eccessivo restringimento della discrezionalità amministrativa con norme di dettaglio.

Persiste poi uno stato di incertezza in ordine alla delimitazione del campo di applicazione dei controlli normativamente determinato, sicché nel dubbio comunque gli atti vengono inviati al controllo della Corte dei conti a fronte di una previsione in origine formalmente tipizzante e restrittiva e poi progressivamente ampliata, come ad esempio in relazione agli atti di valorizzazione del patrimonio immobiliare, ai contratti secretati, ad alcuni degli atti regolatori del Commissario sisma 2016 e di altri commissari straordinari, oltre ai decreti di approvazione dei contratti stipulati in attuazione del PNRR sebbene atti già efficaci, ritenuto esperibile dalla Corte conti⁴¹.

Su tutto aleggia infine un crescente stato di crisi della capacità decisionale e gestionale delle stesse Amministrazioni che quindi in via precauzionale cercano il "supporto" della magistratura contabile.

Anche nel sistema delle autonomie locali (in un astratto controcanto rispetto alla loro autonomia costituzionalmente riconosciuta) si assiste a una riespansione (*ex* D.L. n. 174/2012 e art. 148-*bis* TUEL), con controlli delle Sezioni regionali della Corte dei conti sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi degli enti locali al fine della verifica degli equilibri di bilancio in esito ai quali viene preclusa (in caso di mancato adeguamento alle pronunce di accertamento di irregolarità contabili) l'attuazione dei programmi di spesa per i quali è stata accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria.

Tali controlli sono stati ritenuti legittimi dalla Corte Costituzionale (non più al servizio dell'ente territoriale controllato in funzione di stimolo all'autocorrezione ma) a tutela del diverso interesse "alla legalità

³⁹ Cfr. i saggi contenuti nel fascicolo dedicato della Rivista Trimestrale di diritto pubblico n. 1/2024, citati anche nel presente lavoro.

⁴⁰ E. D'ALTERIO, *La cultura del controllo*, cit.

⁴¹ Cfr. Relazione sull'attività 2022.

finanziaria dello Stato in funzione dei vincoli che discendono dall'appartenenza all'UE, e alla tutela della unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, in riferimento agli artt. 81, 119 e 120" (C. cost., sent. n. 60/2013).

Come intuito già da tempo⁴², la Corte dei conti diviene organo comune a tutti i livelli dello Stato-comunità. Rimane però il nodo dei parametri, che non devono surrettiziamente introdurre indirizzi politici, ma limitarsi ai vincoli costituzionali e ai LEP. Tale controllo assume una natura (atecnicamente) preventiva, finalizzata a evitare danni irreparabili all'equilibrio di bilancio, collocandosi (come un tratto necessario del procedimento) in una dimensione distinta sia dal controllo sulla gestione sia dal vecchio controllo preventivo ante-2001, che investiva tutti gli atti con effetto preclusivo.

Ci si chiede se ciò rappresenti una scelta di retroguardia nel senso di ritorno alle origini di un controllo formale e atomistico. Certamente tale modello appare distante dal modello costituzionale che attribuisce al controllo della Corte dei conti una funzione "referente" (art. 100 Cost.) e comunque supera il modello del controllo sulla gestione che era il nucleo portante della riforma del 1994, cavalcando l'onda della complessiva "finanziarizzazione dei controlli"⁴³ che pure ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale e che oggi si rinforza e si rafforza nella prospettiva della equità intergenerazionale e nell'obiettivo del recupero della fiducia come fatto fondante dell'ordine sociale e la condizione di legittimazione di un'Amministrazione "a servizio" dello Stato-comunità⁴⁴.

6. *La trasformazione delle funzioni della Corte dei conti: il nuovo controllo preventivo "a chiamata" e la definitiva marginalizzazione del controllo concomitante*

La transizione del sistema dei controlli della Corte dei conti, culminata nelle recenti innovazioni della Riforma "Foti"⁴⁵, segna il definitivo

⁴² A. BRANCASI, *I controlli sugli enti locali alla luce della legge n. 142 del 1990*, in *I controlli nella pubblica amministrazione*, a cura di S. CASSESE, Bologna, il Mulino, 1993, 157 ss.

⁴³ G. D'AURIA, *Le mutazioni dei controlli*, cit., in part. 729 ss.

⁴⁴ Sulla fiducia cfr. il recente fascicolo monografico della Rivista di scienze dell'amministrazione, *Diritto e fiducia – Law and Trust*, a cura di/edited by Stefano Salvatore Scoca and Paolo Savarese, 4/2024.

⁴⁵ Legge 7 gennaio 2026, n. 1, entrata in vigore il 22 gennaio 2026. *Per un primo commento cfr.* V. TENORE, *Prime problematiche e riflessioni critiche sulla legge Foti 7 gennaio 2026 n. 1*, in *Lexitalia*, 21 gennaio 2026. Per una prospettiva de iure condendo cfr.

superamento di una concezione statica e meramente repressiva della vigilanza erariale in favore di una dimensione dinamica e collaborativa non più focalizzata sul momento genetico ma (per lo meno nelle intenzioni del legislatore) sulla finalità ultima dell'azione pubblica, ovvero il perseguimento del risultato utile⁴⁶.

Pur nella astratta adesione, dunque, ai *topoi* della evoluzione del sistema (che dalla verifica della mera legalità formale si è mosso) verso l'attenzione al perseguimento del risultato amministrativo, la riforma presenta, in concreto, evidenti disarmonie rispetto agli obiettivi che proclama di voler perseguire, atteso che, sin dalle prime letture, emerge una trasfigurazione della stessa funzione di controllo, ricondotta entro una logica soggettivo-esimente che ne altera la natura profonda di presidio obiettivo e imparziale della legalità finanziaria.

Sul fronte dei controlli risultano tre direttrici di riforma.

La novella reintroduce, generalizza e istituzionalizza il controllo preventivo su base volontaria⁴⁷, estendendolo a una platea assai più ampia di soggetti e di atti rispetto a quelli tradizionalmente contemplati. Il paradosso – che la dottrina ha già segnalato con puntualità – è che la riforma, la quale pure si presenta come strumento di liberalizzazione dell'azione amministrativa e di contrasto alla «burocrazia difensiva», finisce per reintrodurre, sotto mentite spoglie, quella pervasività del controllo formale che la riforma del 1994 aveva inteso superare. La differenza strutturale tra i due sistemi non risiede tanto nel *quantum* di controllo, quanto nella *ratio* che lo informa: là dove il controllo preventivo tradizionale era finalizzato alla tutela obiettiva della legalità, il nuovo controllo «a chiamata» è primariamente orientato a produrre effetti esimenti per il soggetto che lo ha richiesto.

In base alla nuova disciplina articolata dall'art. 2 della legge n. 1/2026 mediante l'inserimento di un insieme di commi aggiuntivi nel corpo normativo del codice della giustizia contabile, i responsabili dei procedimen-

T. TESSARO, *Rischio di amministrazione e nuovo assetto dei controlli nel disegno di legge di riforma della Corte dei Conti*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 3/2024.

⁴⁶ E. TALARICO, *Sviluppo della funzione consultiva della Corte dei conti e riflessi sul procedimento amministrativo alla luce delle proposte normative de iure condendo*, in *Federalismi*, n. 17/2025.

⁴⁷ Per una prima analisi della struttura procedimentale del controllo preventivo a chiamata, v. M.T. POLITO, *La Riforma della Corte dei conti. Si smantellano le funzioni per valorizzare l'esimente della responsabilità erariale*, in *Giustizia Insieme*, 7 aprile 2025; T. TESSARO, *Brevi note ricostruttive in termini di (nuova) attività consultiva della Corte dei conti prevista dall'art. 2 della legge n. 1/2026*, in *Diritto e conti*, 24 febbraio 2026.

ti amministrativi degli enti pubblici hanno la facoltà di sottoporre atti o provvedimenti alla sezione di controllo della Corte dei conti competente per territorio, ovvero di richiedere pareri su questioni giuridiche relative a fattispecie concrete⁴⁸. In entrambi i casi, la Corte è tenuta a pronunciarsi entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. Decorso inutilmente tale termine senza che sia intervenuta una deliberazione, scatta il silenzio-assenso: l'atto si intende registrato con esito favorevole – con effetti equivalenti alla registrazione formale in sede di controllo preventivo di legittimità – e il richiedente è esonerato da qualsiasi responsabilità derivante da quel provvedimento per colpa grave².

Questa struttura procedurale è apparentemente semplice, ma cela una complessità sistematica di notevole profondità. In primo luogo, il meccanismo poggia su una finzione giuridica di straordinaria audacia: equiparare il silenzio – l'assenza di pronuncia, l'impossibilità di evadere la richiesta entro termini assai brevi – a un esito di legittimità esplicito e motivato. Il silenzio-assenso ha una sua legittimità dogmatica consolidata nel diritto amministrativo quando opera come semplificazione procedurale a tutela del privato nei confronti dell'inerzia della pubblica amministrazione; ma applicato al controllo giurisdizionale, esso genera un cortocircuito logico insanabile: l'ordinamento dichiara conforme alla legge un atto che nessuno ha controllato, per il solo fatto che il tempo è trascorso. Si tratta di un automatismo che la logica del controllo di legittimità non conosce e non può conoscere, in quanto il fondamento del visto non è il decorso del termine ma la verifica sostanziale della conformità normativa.

In secondo luogo, il meccanismo presuppone che la Corte dei conti sia in grado di esaminare, valutare e deliberare in modo appropriato entro trenta giorni ogni atto o questione giuridica che le venga sottoposta. Questa presupposizione è manifestamente irrealistica se si considera che la platea dei potenziali richiedenti è stata significativamente ampliata dalla riforma stessa e che le questioni sottoponibili includono, per espressa previsione normativa, quelle riguardanti «fattispecie concrete» connesse al PNRR e al PNC di valore non inferiore a un milione di euro. Il rischio dell'ingolfamento procedurale – ampiamente segnalato dall'Associazione

⁴⁸ In sintesi il responsabile del procedimento può: (a) richiedere un parere alla sezione di controllo su questioni giuridiche relative a fattispecie concrete; (b) sottoporre l'atto al controllo preventivo di legittimità. In entrambi i casi il termine per la pronuncia è di 30 giorni. Il silenzio equivale a pronuncia favorevole, con conseguente esonero da responsabilità per colpa grave. Per gli atti connessi al PNRR e al PNC, i termini sono ridotti a 15 giorni.

ne dei magistrati contabili nel corso dell'iter parlamentare e ribadito con forza dal Presidente della Corte, Guido Carlino, nella sua valutazione critica della legge – è pertanto tutt'altro che remoto: esso è, in certa misura, strutturalmente inscritto nel disegno normativo⁴⁹.

Un regime ulteriormente aggravato è previsto per gli atti di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e del Piano Nazionale degli Investimenti Complementari. Per questa categoria di atti – e segnatamente per i provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, e per i provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono aggiudicazione formale – i termini per la pronuncia della Corte sono dimezzati rispetto al regime generale: quindici giorni in luogo di trenta. Alla scadenza del termine dimezzato senza che sia intervenuta la deliberazione, il silenzio-assenso opera con effetti rafforzati: l'atto si intende registrato «anche ai fini dell'esclusione di responsabilità», con una formula che suggerisce un'equiparazione piena e automatica tra l'inazione della Corte e l'esito positivo del controllo.

La giustificazione di questo regime accelerato risiede nelle esigenze di celerità nell'attuazione del Piano, condizionate dalla scansione dei *milestone* e dei *target* concordati con la Commissione europea. Si tratta di una ragione non priva di peso, giacché l'architettura del Regolamento UE 2021/241 (dispositivo per la ripresa e la resilienza) subordina l'erogazione delle rate del finanziamento al conseguimento di obiettivi specifici in tempi prefissati. Tuttavia, la soluzione adottata presta il fianco a una critica di ordine sistematico: la compressione dei termini per il controllo non aumenta la qualità del medesimo, la diminuisce; e un controllo frettoloso, effettuato in quindici giorni su atti di significativa complessità tecnico-giuridica come i provvedimenti di aggiudicazione negli appalti pubblici di rilevante dimensione, rischia di essere soltanto un controllo formale, destinato a registrare atti senza davvero esaminarli. In questo senso, il regime PNRR non è l'accelerazione di un controllo efficace, ma la sua sostituzione con una parvenza di controllo che produce, quale unico effetto giuridicamente rilevante, l'esonero da responsabilità del funzionario procedente.

Una delle innovazioni di maggior rilievo sistematico riguarda l'estensione del controllo preventivo a chiamata agli enti locali – Regioni, Pro-

⁴⁹ La valutazione critica del Presidente della Corte dei conti Guido Carlino è riportata in *Legge n. 1/2026: valutazione critica della Corte dei conti*, in *L'Eurispes*, febbraio 2026. Le perplessità dell'Associazione magistrati contabili sono espresse nel comunicato del 27 dicembre 2025. Sul rischio di ingolfamento procedurale, v. anche il Parere delle Sezioni Riunite n. 3/2024 della Corte dei conti.

vince Autonome e Comuni – attraverso un meccanismo di mediazione normativa che la legge n. 1/2026 delinea in modo assai peculiare. La facoltà di sottoporre contratti pubblici di rilevante entità (di valore superiore alle soglie europee di cui all'art. 14 del codice dei contratti pubblici) al controllo preventivo della Corte dei conti è subordinata a tre condizioni cumulative: l'adozione di una legge regionale o di una norma statutaria che la preveda espressamente; l'acquisizione del parere preventivo delle Sezioni Riunite della Corte dei conti sul testo di tale legge o norma; l'attivazione concreta da parte dell'ente locale nelle singole fattispecie.

Questo meccanismo a tre livelli suscita perplessità di diversa natura. Sotto il profilo costituzionale, esso introduce una forma inedita di interposizione legislativa regionale nella definizione dell'ambito di operatività di un organo costituzionale – la Corte dei conti – le cui competenze trovano diretto fondamento nell'art. 100 Cost. e sono disciplinate con legge ordinaria statale. Affidare a una legge regionale l'attivazione di funzioni della Corte dei conti per le materie di competenza degli enti locali potrebbe rivelarsi in contrasto con la riserva di competenza legislativa statale in materia di contabilità pubblica e di ordinamento degli organi ausiliari dello Stato. Sotto il profilo pratico, il meccanismo rischia di determinare una frammentazione territoriale dell'ambito di applicazione del controllo, con zone di tutela rinforzata – là dove la Regione abbia adottato la legge di attivazione – e zone prive di tale strumento, in una disomogeneità applicativa che mal si concilia con l'esigenza di unitarietà dei presidi di legalità finanziaria.

Accanto al controllo preventivo a chiamata, la legge n. 1/2026 rimodella in modo significativo la funzione consultiva della Corte dei conti. Nel regime previgente, tale funzione era circoscritta ai soli enti territoriali, ai quali le sezioni regionali di controllo potevano rendere pareri su questioni di contabilità pubblica aventi carattere generale. La legge Foti estende l'oggetto dei pareri alle «questioni giuridiche applicabili a fattispecie concrete connesse all'attuazione del PNRR e del PNC», di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, purché per esse la competente Procura contabile abbia notificato un invito a dedurre. Quest'ultima condizione – l'esistenza di un procedimento già avviato dalla Procura – è di assoluto rilievo dogmatico: essa trasforma il parere della Sezione di controllo in uno strumento di difesa preventiva dell'ente nel corso di un procedimento di accertamento del danno, con una commistione tra funzione consultiva e funzione di controllo che non ha precedenti nell'ordinamento.

La dottrina più avveduta ha immediatamente segnalato il rischio che questa nuova configurazione del parere si traduca in una forma di *cogestione* tra la magistratura contabile e le amministrazioni vigilate⁵⁰. Se la Sezione di controllo può rendere pareri favorevoli su fattispecie concrete per le quali la Sezione giurisdizionale sta conducendo indagini attraverso la Procura, si crea una situazione in cui lo stesso istituto – la Corte dei conti – si trova a svolgere simultaneamente funzioni tendenzialmente opposte: valutare favorevolmente la legittimità di un atto, nell'ambito del procedimento consultivo, e accertare l'eventuale danno derivante da quell'atto, nell'ambito del procedimento giurisdizionale. La separazione tra Sezioni di controllo e Sezioni giurisdizionali, pur formalmente mantenuta, rischia di essere vanificata nella sostanza da questa sovrapposizione funzionale, con gravi conseguenze sul piano dell'imparzialità dell'istituto e dell'indipendenza della magistratura requirente.⁶

Il terzo asse della riforma del sistema dei controlli riguarda il controllo concomitante, istituito che il decreto-legge 26 ottobre 2019, n. 124, aveva introdotto con la finalità di consentire alla Corte di intervenire in corso d'esecuzione dei programmi di spesa di rilevante impatto finanziario, segnalando disfunzioni e irregolarità prima che divenissero irreversibili. La legge Foti non elimina formalmente il controllo concomitante, ma ne ridefinisce radicalmente le condizioni di attivazione, trasformandolo da funzione che la Corte può esercitare d'ufficio in un istituto attivabile soltanto su richiesta del Governo, del Parlamento o della stessa pubblica amministrazione controllata. In questo modo, la Corte perde la capacità di iniziativa autonoma in materia di controllo sui programmi di spesa: essa può intervenire soltanto se e quando uno dei soggetti istituzionalmente interessati glielo richieda.⁷

La portata di questa scelta è di difficile valutazione. Il controllo concomitante aveva una sua logica precisa: consentire al garante esterno e indipendente della legalità finanziaria di monitorare l'esecuzione dei programmi di maggiore rilevanza pubblica con continuità e senza dover attendere l'iniziativa del soggetto controllato. La subordinazione dell'attivazione all'istanza di parte – e segnatamente all'istanza del Governo, che è il principale responsabile politico dell'attuazione del PNRR – introduce una circolarità logicamente insostenibile: il soggetto controlla-

⁵⁰ Sul rischio di cogestione tra sezioni di controllo e amministrazioni controllate e sulla perdita della condizione di neutralità, cfr. G. RIVISECCHI, *La riforma Foti tra funzione consultiva e perdita di indipendenza*, in *Quad. cost.*, 2026, n. 1, 50 ss.

to diventa il guardiano dell'attivazione del controllo su sé medesimo. È come se si pretendesse che il controllore possa esercitare la propria funzione soltanto su invito del controllato, con ciò sovvertendo la logica stessa dell'istituto del controllo.

7. *Conclusioni: verso una nuova ontologia del controllo tra risultato, algoritmi e garanzia*

Il percorso d'indagine sin qui condotto permette di delineare alcune riflessioni di sintesi sulla fisionomia attuale del sistema dei controlli amministrativi, il quale appare segnato da una profonda e non priva di rischi torsione della funzione verso l'amministrazione attiva. Tale metamorfosi, manifestandosi plasticamente nelle forme del controllo preventivo, della funzione consultiva e del controllo concomitante, configura una speciale forma di funzione ausiliaria che tuttavia, proprio per questa vicinanza funzionale, rischia di scivolare verso una vera e propria co-gestione e co-amministrazione nella cura concreta dell'interesse pubblico.

Sebbene tale dinamica si avverta con maggiore enfasi dogmatica con riferimento alla Corte dei conti, essa investe in realtà l'intero sistema dei controlli collaborativi a causa della cronica contiguità tra controllore e controllato, sollevando l'esigenza di evitare che il controllo diventi un'interferenza nella discrezionalità amministrativa anziché porsi come un'istanza neutra di verifica.

Il nodo problematico centrale risiede nel superamento della visione classica del controllo come fase esterna e successiva del procedimento; come autorevolmente osservato, il controllo non deve essere un ostacolo, ma un'infrastruttura della fiducia, sebbene questa non possa tradursi in una rinuncia al sindacato di legittimità⁵¹.

In sostanza rimane aperto l'interrogativo se tale "prossimità" non crei un *vulnus* al principio di separazione dei poteri⁵², sebbene tale dogma sia ormai superato da una visione dinamica dell'equilibrio istituzionale che vede la compartecipazione di più organi al medesimo "progetto normativo comune" tra amministrazione e giurisdizione. La natura conformativa dei

⁵¹ Sulla concezione del controllo come "infrastruttura della fiducia", vedi F. MERLONI, *Amministrazione pubblica e corruzione*, Milano, 2021, p. 45 ss.

⁵² S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2023, 219 ss.

controlli moderni incide direttamente sul *quid novi* dell'azione amministrativa, rendendo il sistema vulnerabile al rischio che l'Amministrazione "si adagi" su tali forme di embricazione funzionale, abdicando alla propria responsabilità decisionale. Questo potenziale "vuoto di potere" amministrativo viene spesso occupato dalle funzioni controllanti per pura necessità di tenuta del sistema, evidenziando come l'errore storico sia stato procedere per interventi estemporanei e stratificati, privi di una visione organica.

La tendenza verso un'amministrazione di risultato, accelerata dalle esigenze del PNRR, ha spinto il legislatore a ricercare forme di controllo collaborativo che spesso, però, sfociano in una zona grigia di co-decisione che minaccia l'indipendenza stessa della Magistratura contabile⁵³. Nemmeno la spinta propulsiva del PNRR sembra infatti aver generato una revisione sistematica, producendo invece duplicazioni e conflitti di competenza tra soggetti quali ANAC, Corte dei conti e OIV.

In questo contesto, un elemento di innovazione sistemica che merita una valutazione sfumata è il passaggio dal controllo documentale al controllo algoritmico o *data-driven*, realizzato attraverso l'imposizione dell'interoperabilità tra le piattaforme di monitoraggio – segnatamente la piattaforma ReGiS – e i sistemi informativi della Corte dei conti. Questo mutamento trasforma la natura stessa della verifica: non più un giudizio *a posteriori* sulla legittimità dell'atto singolo, ma un monitoraggio continuo sull'avanzamento dei *milestone* e dei *target* dell'intero programma di investimento⁵⁴. In questa prospettiva, la Corte cessa di essere un censore del passato per diventare un osservatore qualificato del presente: essa non attende più l'invio dell'atto, ma osserva il flusso del dato in tempo reale, acquisendo una capacità di intervento preventivo e correttivo che il modello tradizionale del visto non conosceva. L'integrazione tra controllo e sistema informativo produce, in potenza, una forma di supervisione continua sulla spesa pubblica che potrebbe risultare più efficace del controllo preventivo atto per atto, a condizione che essa sia esercitata in piena autonomia e non sia condizionata da deficit di qualità del dato immesso dall'amministrazione⁵⁵.

Tuttavia, questa evoluzione tecnologica convive con criticità strutturali profonde che la legge n. 1/2026 ha paradossalmente acuito. La tra-

⁵³ In argomento, Corte Cost., sent. n. 196/2003, che ha ribadito la natura di "garante neutrale" della Corte dei conti, distinta dall'amministrazione attiva.

⁵⁴ Cfr. art. 1, comma 3, L. n. 1/2026 e le riflessioni contenute nel Documento di ricerca della Corte dei conti sulla digitalizzazione dei controlli, 2024.

⁵⁵ Sul controllo *data-driven*, vedi G. BOTTINO, *Algoritmi e procedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2023, n. 2, p. 301.

sformazione del controllo concomitante da funzione d'ufficio a funzione attivabile soltanto su istanza di parte rappresenta una negazione della logica del controllo autonomo che la Costituzione prefigura. La subordinazione dell'attivazione all'istanza del soggetto controllato introduce una circolarità logicamente poco sostenibile: il soggetto controllato diventa il guardiano dell'attivazione del controllo su sé medesimo. È come se si pretendesse che il controllore possa esercitare la propria funzione soltanto su invito del controllato, con ciò sovvertendo la logica stessa dell'istituto del controllo come presidio oggettivo. Inoltre, la portata della riforma non si limita alla dimensione procedurale, ma investe il principio di legalità finanziaria. Se il controllo concomitante viene depotenziato proprio nella fase di massima spesa pubblica legata al PNRR, il rischio è che l'accertamento delle irregolarità avvenga quando il danno è ormai irreversibile, rendendo vana la funzione di prevenzione che dovrebbe caratterizzare la magistratura contabile moderna⁵⁶.

Parallelamente, l'estensione della funzione consultiva a fattispecie concrete per le quali sia già pendente un invito a dedurre della Procura contabile configura una forma di cogestione che erode l'indipendenza dell'istituto. Si pone la Corte nella posizione di valutare favorevolmente un atto e simultaneamente accertarne il danno erariale in sede giurisdizionale, creando un conflitto di interessi funzionale che può minare la credibilità del sistema⁵⁷.

Questa deriva, unitamente all'introduzione del silenzio-assenso nel controllo preventivo di legittimità, rischia di trasformare il controllo da funzione obiettiva a strumento di "immunizzazione soggettiva". L'ordinamento finisce per dichiarare conforme alla legge un atto che nessuno ha effettivamente vagliato, al solo fine di placare la cosiddetta "paura della firma" del funzionario pubblico⁵⁸. Si assiste così a uno spostamento del baricentro del sistema: dalla tutela del buon andamento e dell'imparzialità alla protezione del decisore pubblico, con conseguenze sistemiche che potrebbero rivelarsi più pericolose della patologia burocratica che si intende curare.

Sul versante interno, il sistema manifesta analoghe aporie, evidenti nell'attuazione del Piano Integrato di Azione ed Organizzazione (PIAO)

⁵⁶ V. in tal senso le osservazioni critiche sollevate dall'Associazione Magistrati della Corte dei conti nel parere sulla legge Foti del dicembre 2025.

⁵⁷ Sul rischio di sovrapposizione tra funzione consultiva e requirente, vedi S. CASSESE, *I controlli: una proposta di riforma*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 890.

⁵⁸ Sulla "paura della firma" e l'abuso d'ufficio, cfr. C. PINELLI, *Legalità e risultato nell'amministrazione contemporanea*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2024, p. 15.

che, pur mirando a una semplificazione sostanziale, si scontra con il limite di una fusione meramente formale di atti eterogenei come la performance e la prevenzione della corruzione. La convivenza forzata di tali funzioni in un unico alveo documentale rischia di produrre una mutazione genetica del controllo, dove l'esigenza di efficienza e la natura elastica della categoria del valore pubblico potrebbero finire per fagocitare i presidi di garanzia.

In definitiva, la riforma del sistema dei controlli non può risolversi in una mera riscrittura normativa o in un sovraccarico di adempimenti, ma deve puntare su una manutenzione sostanziale incentrata sul rafforzamento delle competenze e sulla *capacity building*. Solo superando la logica dell'adempimento atomistico e integrando realmente la cultura della legalità con quella del risultato, il sistema potrà inverare il disegno costituzionale, ponendosi come utile guida per un'Amministrazione capace di realizzare una società equa e inclusiva, nel solco di una legalità che non sia solo forma, ma sostanza democratica.

Funzione amministrativa e appropriatezza: razionalità, risultato e responsabilità

LOREDANA GIANI

SOMMARIO: 1. Dal paradigma dell'atto alla crisi della funzione amministrativa. – 2. Governance multilivello e trasformazioni della discrezionalità. – 3. Oltre l'amministrazione per atti: risultato e legalità sostanziale. – 4. Appropriatezza come canone della razionalità amministrativa. – 5. Razionalità amministrativa tra legalità e appropriatezza. – 6. Risultato, controlli e sostenibilità nel PNRR. – 7. *Accrual accounting* e rappresentazione dell'azione amministrativa. – 7.1. Il controllo concomitante tra prevenzione e responsabilità. – 8. Scudo erariale, colpa grave e trasformazioni della responsabilità. – 9. Appropriatezza, responsabilità e legittimazione democratica.

L'articolo analizza l'evoluzione della funzione amministrativa nel contesto della governance multilivello e della crescente complessità dei processi decisionali pubblici, proponendo la logica dell'appropriatezza come chiave interpretativa e normativa alternativa al tradizionale paradigma della legalità formale e della razionalità strumentale. Muovendo dal superamento della crisi del modello autoritativo e dalla progressiva insufficienza di una concezione dell'azione amministrativa fondata esclusivamente sull'atto e sulla conformità procedurale, l'articolo ricostruisce l'amministrazione di risultato come esito di una razionalità allargata e contestuale, nella quale il risultato non coincide con il mero conseguimento di obiettivi misurabili, ma con la qualità complessiva della decisione pubblica rispetto al contesto, agli interessi coinvolti e agli effetti prodotti.

In tale prospettiva, l'appropriatezza emerge come evoluzione della teoria del risultato, configurandosi non come criterio *ex post* di valutazione, ma come canone interno dell'agire amministrativo, orientato alla congruenza tra decisione, ruolo istituzionale, valori costituzionali, e condizioni fattuali, tra cui anche le condizionalità finanziarie. La gestione della complessità, intesa come intreccio di pluralità di interessi, incertezza normativa e frammentazione organizzativa, include strutturalmente la dimensione del rischio, che diviene elemento fisiologico dell'azione pubblica e parametro imprescindibile della razionalità amministrativa. L'appropriatezza sostenibile si salda, così, a una logica precauzionale e proporzionale, nella quale la discrezionalità (anche tecnica) non è zona

franca al controllo, ma spazio di responsabilità consapevole, valutabile in termini di coerenza cognitiva, ragionevolezza e sostenibilità nel medio-lungo periodo, ponendosi come percorso per il rafforzamento della *accountability* democratica dell'azione amministrativa.

L'analisi si sofferma, infine, sui sistemi di controllo e di responsabilità, con particolare riferimento alle trasformazioni indotte dal PNRR, evidenziando il rischio di una riduzione della logica dell'appropriatezza a mera performance quantitativa e di un indebolimento dei controlli sostanziali.

1. *Dal paradigma dell'atto alla crisi della funzione amministrativa*

La funzione amministrativa, nella sua configurazione tradizionale, è stata storicamente ricondotta a un modello di esercizio autoritativo del potere, incentrato sulla legalità formale e sulla centralità dell'atto amministrativo quale esito tipico dell'azione pubblica¹, privilegiando una concezione dell'azione amministrativa orientata prevalentemente alla conformità formale, piuttosto che al conseguimento di risultati sostan-

¹ Sul modello tradizionale dell'amministrazione autoritativa, fondato sulla centralità dell'atto e sulla legalità formale, v. già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. 79 ss., il quale evidenzia come tale paradigma risulti strutturalmente inadeguato a governare contesti caratterizzati da complessità e pluralità di interessi. Il tema è stato approfondito in diversa prospettiva da numerosi Autori nel corso degli anni. Sia consentito rinviare a: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss.; ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Di. Pubbl.*, 1950, 100 ss.; ID., *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss.; ID., *Funzione (Teoria generale)*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1988, anche in *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, Milano, Vita e Pensiero, 2005, 4081 ss.; N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di Teoria generale del diritto*, Laterza, Bari, 2007; S. Dettori, *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Wolters-Kluwer, Milano, 2023; D. D'ORSOGNA, *Coalescenze della funzione amministrativa*, in *Ceridap*, 2, 2024, 1 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; E. Giardino, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Giappichelli, Torino, 2012; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 13 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Vol. XIV, Treccani, Roma, 1988, ora in G. MARONGIU, *La democrazia come problema. V. I. Diritto, amministrazione ed economia*, Tomo 2, Il Mulino, Bologna, 1994, 301 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003; ID., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Sco- ca*, V, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *EdD-Aggornamenti VI*, 2002, 75 ss.; A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, 2, 2024, 228 ss.;

ziali e verificabili. Tale paradigma, fondato su una concezione lineare del rapporto tra norma, potere e decisione, risulta oggi strutturalmente inadeguato a governare contesti caratterizzati da elevata complessità, interdipendenza tra livelli di governo e pluralità di interessi pubblici e privati².

La crisi di questo modello non investe solo l'efficacia dell'azione amministrativa, ma incide sulla stessa legittimazione del potere pubblico, sempre più chiamato a confrontarsi con gli obiettivi di risultato, sostenibilità e impatto sociale, difficilmente riconducibili a schemi decisionali predeterminati³. In questa cornice si colloca l'esperienza recente, che ha operato come uno stress test dell'amministrazione pubblica non introducendo problemi del tutto nuovi ma rendendo manifeste, e non più elidibili, fragilità già insite nei modelli tradizionali di esercizio della funzione amministrativa: l'insufficienza di modelli decisionali rigidamente formalizzati, la difficoltà di operare in condizioni di incertezza scientifica⁴ e la necessità di assumere decisioni rapide con effetti diretti sull'esercizio dei diritti fondamentali.

Le risposte istituzionali alla crisi hanno così riattualizzato un dibattito mai sopito sul ruolo delle pubbliche amministrazioni, oggetto nel tempo di riforme eterogenee e spesso incoerenti, ispirate ora alla riduzione dell'intervento pubblico, ora al riavvicinamento agli standard eurolunitari, ora al contenimento della spesa, senza che a tali interventi corrispondesse una visione sistemica unitaria del ruolo e delle funzioni dell'amministrazione. Ne è derivata una stratificazione normativa e organizzativa che ha accentuato la tensione tra esigenze di efficienza, istanze di legalità e garanzia dei diritti imponendo una riflessione sulla capacità dell'amministrazione di governare la complessità anche al di fuori dei contesti emergenziali.

Questi processi riformatori, lungi dall'essere lineari o progressivi, hanno assunto carattere frammentario e disomogeneo, determinando una stratificazione normativa e organizzativa che ha inciso profondamente sulla fisionomia dell'amministrazione pubblica, alterandone non solo l'assetto organizzativo, ma anche le modalità di esercizio della funzione decisionale e i criteri di legittimazione dell'azione amministrativa. Ne è derivata una tensione costante tra

² In termini di crisi della legalità formale e di insufficienza del modello legale-razionale weberiano, v. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 45 ss.; nonché ID., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

³ La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che il principio di legalità non può essere inteso in senso meramente formale, dovendo essere letto alla luce dei principi costituzionali sostanziali: Corte cost., 22 maggio 2013, n. 103; Corte cost., 9 aprile 2013, n. 85.

⁴ Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI (a cura di), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

esigenze di efficienza, istanze di legalità e garanzia dei diritti fondamentali. E così si è resa più evidente la necessità di operare una riflessione sulla capacità dell'amministrazione di governare la complessità, soprattutto in contesti di emergenza prolungata, nei quali l'eccezione tende a stabilizzarsi e a divenire parametro ordinario dell'azione pubblica, mettendo in evidenza le criticità del tradizionale paradigma dell'amministrazione difficilmente conciliabile con una dimensione delle decisioni pubbliche frutto non solo dell'applicazione di regole ma di scelte allocative e distributive con effetti diretti sull'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, quali la libertà personale, la libertà di iniziativa economica e il diritto alla salute.

2. *Governance multilivello e trasformazioni della discrezionalità*

Il passaggio dallo Stato amministrativo allo Stato regolatore e, successivamente, allo "Stato cooperativo" ha progressivamente dissolto l'idea di un'amministrazione autosufficiente e gerarchicamente ordinata⁵, fondata su un modello accentrato di razionalità e comando. Tale trasformazione è stata ulteriormente accentuata dall'affermarsi *governance* multilivello che, come noto, ha accentuato il carattere policentrico dell'azione amministrativa. Il sistema delle pubbliche amministrazioni si è così ridefinito attraverso una pluralità di stratificazioni istituzionali rapporti centro-periferia, non senza conseguenze su quello che dovrebbe essere il fine di un sistema democratico: la capacità (non solo economica) di garantire l'effettività dei diritti degli individui sui territori e, dunque, di assumere le decisioni (anche a carattere individuale) migliori possibili in quel determinato contesto, anche di risorse. Infatti, la coesistenza di centri decisionali differenti – sovranazionali, nazionali, regionali e locali – nonché il coinvolgimento strutturale di soggetti privati e della società civile ha reso più complesso l'esercizio della discrezionalità amministrativa e più problematica l'individuazione di un centro unitario di imputazione delle decisioni, con effetti rilevanti anche sulla responsabilità amministrativa⁶ e sul

⁵ Sul passaggio dallo Stato amministrativo allo Stato regolatore e cooperativo e sulla nozione di *governance* multilivello come sistema di interazioni, v. D. FAUSTO, *La tradizione italiana di finanza pubblica e la scuola di Public Choice*, in *Nomos*, 2023, 1 ss.

⁶ La dottrina in diverse occasioni ha evidenziato come la *governance* multilivello incida sulla imputazione della responsabilità e sulla qualità dell'azione amministrativa. Sul punto sia consentito rinviare, oltre ai richiami contenuti nelle altre note, allo scritto di G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2011, spec. 61 ss.

piano della tutela dei diritti⁷. Ne deriva che la governance multilivello non può essere intesa come mera sommatoria di livelli decisionali, ma deve essere strutturata, anche da un punto di vista dei processi decisionali, come un sistema complesso di interazioni, e ciò in quanto la distribuzione delle competenze incide direttamente sulla qualità dell'azione amministrativa e sulla possibilità di assicurare una tutela uniforme dei diritti⁸. Non è un caso che la Corte costituzionale abbia più volte ribadito che la differenziazione degli assetti organizzativi e la distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo non può tradursi in una compressione della tutela dei diritti, che devono essere garantiti in modo uniforme sull'intero territorio nazionale⁹, anche a fronte di assetti organizzativi differenziati evidenziando come proprio.

In tale quadro, l'amministrazione non si limita più ad applicare la legge, ma svolge una funzione di mediazione, coordinamento e adattamento continuo. La razionalità amministrativa non può dunque essere intesa come razionalità onnisciente, bensì come razionalità limitata¹⁰, situata e procedurale.

Il territorio assume, in questa prospettiva una valenza non solo amministrativa, ma anche costituzionale, quale luogo di emersione dei bisogni e di verifica dell'effettività delle politiche pubbliche¹¹. È sul territorio che i diritti prendono forma e che le decisioni amministrative rivelano i loro effetti sostanziali¹².

La pluralità dei contesti territoriali proietta l'attività amministrativa in una proiezione di duplice complessità: da un lato, quella della realtà su

⁷ Cons. St., Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4.

⁸ M.R., FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010; L. GIANI, *Dalla mul-tilevel governance alla governance reticolare, Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 463 ss.; G. MULAZZANI, *La governance multilivello nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dopo la revisione: il ruolo dello Stato nell'Amministrazione Disaggregata*, in *Munus*, 3, 2024, 877 ss.

⁹ Corte cost., 7 aprile 2020, n. 63.

¹⁰ Sul punto è d'obbligo il rinvio a H.A. SIMON che pone le basi del modello nel volume *Administrative Behavior*, New York, 1947 (trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958) sviluppandolo poi anche in altri lavori tra i quali *A Behavioral Model of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 1, 99 ss.

¹¹ Cfr. C. BARBATI, *Territori e interessi economici: le 'politiche dei luoghi' per lo sviluppo locale*, in *Ist. fed.*, 2009, 243 ss.; C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Il Mulino, Bologna, 2006; L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, in *Scritti in Onore di Eugenio Picozza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 2005 ss.

¹² L. GIANI, M. D'ORSOGNA, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza*, cit.

cui tale attività è destinata ad incidere; e, correlata a tale profilo, la complessità organizzativa¹³ correlata alla frantumazione e proliferazione delle competenze via via spostate, secondo un movimento che si è rivelato pericolosamente oscillatorio in termini di allocazione delle competenze, tra centro (valorizzato in relazione alle capacità) e periferie (nella prospettiva di una maggiore capacità di lettura del bisogno espresso dai territori). Ritenute queste ultime motore, o meglio titolari in via primaria delle chiavi di lettura dei bisogni che i territori esprimono e, dunque, prime interpreti di tali bisogni e principali artefici delle “soluzioni” (organizzative e di azione) necessarie per soddisfarli.

Tale duplice complessità impone il superamento di una concezione riduttiva dell'azione amministrativa, intesa come mera applicazione di norme astratte, e di decisioni che sono sterile applicazione di tali norme, per approdare a una visione funzionale e relazionale dell'amministrazione, chiamata a operare scelte in condizioni di incertezza e ad assumersi responsabilità degli effetti prodotti in termini di tutela dei diritti.

In questa prospettiva il risultato dell'azione amministrativa non può più essere confinato nella dimensione formale della “decisione” amministrativa, ma deve essere inteso in senso processuale e relazionale, valorizzando l'interazione tra organizzazione, funzione e partecipazione alla *governance* multilivello. E la stessa decisione, dunque, emerge non più solo quale atto finale di un procedimento ma come frutto di una dialettica tra organizzazione e funzione, valorizzando quel legame teleo-

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1968; ID., *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2, 2004; G. SALA, *Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 11 ss. Nel senso indicato nel testo rileva l'analisi svolta da D. D'ORSOGNA, *Coalescenze*, cit., il quale sottolinea come «La razionalità necessaria del processo decisionale vanta, inoltre, un solido fondamento costituzionale nel principio di buon andamento (inteso quale efficienza amministrativa: idoneità a raggiungere il risultato perseguito). Una prospettiva questa che tiene insieme decisione e organizzazione, regola di commisurazione dei mezzi giuridici ai fini; principio di «elasticità e puntualità» dell'azione amministrativa che trova due linee di sviluppo: con riguardo al contenuto dell'attività, dando vita alla discrezionalità, e con riferimento al suo modo di farsi, dando vita all'attività di autorganizzazione.

Si noti, infine, come tale ambito di analisi, posto sul limitare di organizzazione e attività, consenta di intercettare modificazioni più generali e profonde dell'amministrazione: un processo di riorganizzazione della stessa alla ricerca di equilibri dinamici e di contesto tra bisogni compresenti, ma contrapposti (il «paradosso costitutivo» dell'organizzazione come «*unitas multiplex*»): incremento di differenziazione e di autonomie decisionali vs. incremento del bisogno di coordinamento e di integrazione funzionale», in particolare 9 ss.

logico tra i due elementi che non può non confluire, condizionandone i contenuti, anche nello stesso concetto di “risultato” inteso come capacità dell'amministrazione di assumere una decisione, fare delle scelte, anche programmatiche funzionali alla soddisfazione dei diritti, alla soluzione del problema amministrativo.

3. *Oltre l'amministrazione per atti: risultato e legalità sostanziale*

Il dato di contesto richiamato rende necessaria l'assunzione di una visione funzionale e relazionale dell'azione amministrativa, nella quale l'amministrazione opera scelte in condizioni di incertezza, assumendosi la responsabilità degli effetti sostanziali prodotti. L'amministrazione è oggi chiamata a governare una duplice complessità: fattuale e giuridica. La prima correlata alla mutevolezza dei bisogni sociali e alla pluralità degli interessi coinvolti; la seconda dipendente dalla sovrapposizione di fonti, livelli normativi e organizzativi e principi spesso in tensione tra loro. Questa complessità non può essere risolta attraverso una lettura meramente formale della legalità, ma richiede una razionalità orientata al disegno costituzionale e, in particolare ai principi di imparzialità, equilibrio di bilancio e garanzia dei diritti delle generazioni future. Il principio di buon andamento, quale principio di sintesi dell'agire amministrativo non può esaurirsi nell'efficienza organizzativa¹⁴, ma implica una valutazione complessiva dell'adequazione dell'azione amministrativa rispetto agli interessi pubblici perseguiti e ai diritti coinvolti¹⁵. Il territorio non

¹⁴ La Corte costituzionale ha chiarito che il buon andamento non si esaurisce nell'efficienza organizzativa, ma implica una valutazione complessiva dell'adequazione dell'azione amministrativa rispetto agli interessi perseguiti e ai diritti coinvolti: Corte cost., sent. n. 104 del 2007.

¹⁵ Corte cost., 23 marzo 2012, n. 80. Sul principio di buon andamento come criterio sostanziale di valutazione dell'azione amministrativa, si rinvia al lavoro di L. IANNUCCILIL e A. DE TURA, *Il principio di buon andamento dell'amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdfv](http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_212.pdfv); P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1987, I, 157 ss. Sul diritto a una buona amministrazione si vedano anche gli approfondimenti di S. RICCI, *La "buona amministrazione": ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, Giappichelli, Torino, 2005; V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2004; J. WAKEFIELD (ED.), *The right to good administration*, in *Kluwer Law International*, 2007; LORD MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *Public Law*, 2002, 309 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona*

può essere considerato uno spazio neutrale di attuazione delle politiche, ma il luogo nel quale emergono conflitti, bisogni e contraddizioni che condizionano strutturalmente l'azione amministrativa.

In questa prospettiva si colloca la crisi del modello tradizionale di amministrazione per atti, incapace di cogliere la dimensione processuale e relazionale delle decisioni pubbliche. La legalità sostanziale, infatti, l'integrazione sistematica della dimensione organizzativa e partecipativa dell'azione amministrativa, poiché scelte organizzative inadeguate incidono direttamente sulla razionalità della decisione finale, indipendentemente dalla sua correttezza formale.

L'organizzazione diviene così elemento costitutivo del risultato e non mero presupposto neutrale dell'azione. Allo stesso modo la partecipazione non può essere concepita come adempimento procedurale, ma come elemento di razionalità sostanziale del processo decisionale.

A tali dimensioni si aggiunge quella temporale, rafforzata dall'introduzione costituzionale della tutela delle generazioni future che impone valutazioni di sostenibilità intergenerazionale e trascende il tradizionale orizzonte temporale dell'azione amministrativa.

Se da un lato la gestione della complessità implica un ampliamento fisiologico degli spazi di discrezionalità amministrativa, in particolare nella sua declinazione tecnica, tale ampliamento possa tradursi in una zona franca dal controllo. Il sindacato giurisdizionale è chiamato a verificare non l'opportunità della scelta, ma la correttezza del procedimento cognitivo¹⁶, la coerenza logica della decisione e la sua proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti¹⁷, nonché l'appropriatezza delle risorse (tanto in termini finanziari, quanto in termini di capabilities) disponibili. Ne consegue che la legalità non può essere ridotta alla mera conformità formale

amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 819 ss.; D. SORACE, *La buona amministrazione*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 119 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, I, 49-86; A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, 425.

¹⁶ In tema di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, v. F.G. SCOCA, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 2014; nonché Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2020, n. 7.

¹⁷ Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474

dell'atto, limitandosi a una verifica atomistica della legittimità degli atti, anche alla luce delle conoscenze disponibili al momento della decisione¹⁸, ma deve integrare la complessità: la dimensione organizzativa, partecipativa e temporale dell'azione amministrativa.

In questa direzione si collocano le più recenti evoluzioni del sindacato sulla discrezionalità nelle quali il Consiglio di Stato ha valorizzato criteri quali la attendibilità scientifica delle valutazioni, la completezza dell'istruttoria e la non manifesta irragionevolezza dell'esito decisionale¹⁹, aprendo progressivamente alla valutazione del risultato appropriato.

4. *Appropriatezza come canone della razionalità amministrativa*

Il richiamo alla logica della appropriatezza applicata all'azione amministrativa consente di reinterpretare la discrezionalità come spazio fisiologico di adattamento ragionevole della norma alle circostanze (giuridiche, economiche e fattuali) concrete, trasposte nel contesto dell'amministrazione e, in particolare, dell'amministrazione di risultato²⁰. In questo

¹⁸ Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1224.

¹⁹ Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2673.

²⁰ Sulla teoria del risultato amministrativo, declinata secondo diverse dimensioni, fino a divenire parametro di valutazione dell'attività amministrativa, confr., *ex multis*, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, cit., 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e Soc.*, 2000, 101 ss.; ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2014, 149 ss. nel quale sottolinea che è «evanescente ogni criterio di misurazione del fenomeno, nonostante i ricorrenti tentativi di accostare gli apparati amministrativi all'impresa, sul piano dell'attività e dei fini cui essa è preordinata: e sembra del pari labile ed inconsistente ogni fattore dimensionale apprezzabile in termini di mera quantità, in vista della quantificazione del c.s. target, nel quadro di rapporti funzionali (e funzionalizzati) di obiettiva proporzionalità tra mezzi e fini»; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2005, il quale, spostando condivisibilmente l'attenzione dal solo momento della decisione alla fase antecedente alla decisione, individua, in linea con la prospettazione avanzata, ad esempio, da M. CAMMELLI, *op. cit.*, (122), il risultato con una valenza molteplice, «come elemento di conformazione e funzionalizzazione dell'operato della pubblica amministrazione verso il soddisfacimento delle istanze sociali, sia soprattutto, come criterio interpretativo delle regole di comportamento dell'amministrazione in modo da giungere alla individuazione di quella (applicabile alla fattispecie concreta) che possa assicurare (la vigenza di) un assetto di interessi accettabile (oltre che da un punto di vista di legittimità formale, anche) da un punto di vista della giustizia sostanziale» (176); L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 2, 1998, 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli*

senso il contributo teorico di March e Olsen²¹ risulta particolarmente significativo, nella misura in cui accanto alla logica delle conseguenze, essi individuano proprio la logica dell'appropriatezza, fondata sulla coerenza tra azione, ruolo istituzionale, valori e contesto²².

L'appropriatezza²³ si configura come criterio di razionalità allargata, capace di integrare legalità, buon andamento (riferito tanto alla dimensione dell'organizzazione, quanto a quella dell'azione) e imparzialità, non

interessi ai beni, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 1999, 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 2000, 37 ss. che per amministrazione di risultato intende «l'amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità e alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente»; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (Parte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, fasc. 1, 2005, 51 ss.; in particolare 72; G. PASTORI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA* 2002, cit., 2003, 33 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2007, 63 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa, ad vocem*, in *EdD*, agg. VI, Giuffrè, Milano, 2000, 75 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003. Confr., altresì, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003), Giappichelli, Torino, 2004, e in particolare, *ex multis*, i contributi di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*; M. D'ORSOGNA, *Teoria dell'invalidità e risultato*; V. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; G. CORSO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*; A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*; D. SORACE, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*; S. COGNETTI, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*; R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*; A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*; D. D'ORSOGNA, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*; L. GIANI, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*; M.R. SPASIANO, *Organizzazione e risultato amministrativo*; N. PAOLANTONIO, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*; C. MARZUOLI, *Brevi note in tema di controllo di gestione e amministrazione di risultati*; S. RAIMONDI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*.

²¹ J. MARCH, *Decisions and Organizations*, Basil Blackwell Ltd., Oxford, 1988 (trad. it. *Decisioni e organizzazioni*, il Mulino, Bologna, 1994).

²² Il riferimento alla logica dell'appropriatezza è mutuato da J.G. MARCH – J.P. OLSEN, *Rediscovering Institutions*, Free Press, New York, 1989, spec. 23 ss., ove si distingue tra *logic of consequences* e *logic of appropriateness* quale criterio di razionalità istituzionale.

²³ Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 551 ss.

come obiettivo astratto, ma come canone interno dell'agire amministrativo. Essa opera come vero e proprio *modus operandi*, quasi una precondizione dell'azione, orientando l'azione pubblica alla congruenza tra decisione, identità istituzionale e contesto, secondo la definizione proposta da March e Olsen, per i quali l'azione appropriata deriva dalla definizione della situazione, del ruolo da adempiere e degli obblighi connessi: un processo che «*implica la definizione della situazione, quale ruolo occorre adempiere e quali sono gli obblighi inerenti al ruolo in quella determinata situazione*», così da individuare la soluzione più appropriata (a risorse date) al «problema amministrativo»²⁴. La logica della appropriatezza si distingue dalla logica delle conseguenze non solo sul piano metodologico, ma su quello ontologico, incidendo sul modo stesso in cui l'amministrazione definisce la propria razionalità e legittima le proprie scelte. L'azione amministrativa non è guidata dalla massimizzazione dell'utilità, ma dalla conformità a una identità istituzionale che definisce il ruolo da svolgere, gli obblighi connessi e i valori di riferimento, tra i quali assumo rilievo i principi personalista, solidarista ed egualitario, nonché la stabilità e prevedibilità dell'azione amministrativa come valori in sé.

Questa prospettiva supera le impostazioni riconducibili alla *rational choice theory* valorizzando la dimensione relazionale dell'agire istituzionale, e le interferenzialità tra i sottosistemi sociale, economico e giuridico²⁵. Solo attraverso tale integrazione è possibile orientare l'azione pubblica verso un risultato appropriato, inteso come congruenza sostanziale tra decisione, contesto e finalità pubbliche, superando una visione riduttiva fondata sul mero calcolo strumentale.

In questa prospettiva, l'appropriatezza assume carattere sostenibile, configurandosi come bilanciamento tra diritti e doveri, tenendo conto delle condizionalità finanziarie, che non devono tradursi in una inerzia adattativa²⁶ ma sollecitare intelligenza organizzativa.

²⁴ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 133 ss.

²⁵ Sul processo inferenziale, cfr. G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996. Cfr. anche J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *op. cit.*, i quali sottolineano che «Le istituzioni influenzano il modo in cui i singoli e i gruppi si attivano all'interno e all'esterno di esse, il livello di fiducia tra i cittadini e i leader, le aspirazioni di una comunità politica, la comunanza di linguaggio e di norme, il significato dei concetti di democrazia, giustizia, libertà e uguaglianza» (238).

²⁶ Dunque, secondo una prospettiva che vede la trasformazione del diritto condizionato in diritto condizionante. Sul punto sia consentito rinviare agli approfondimenti svolti

L'appropriatezza si pone come categoria giuridica trasversale, idonea a fungere da criterio di valutazione dell'azione amministrativa, integrando legalità, efficienza ed equità, e orientando la discrezionalità tra opzioni legittime. Essa si salda, sul piano giuridico, con il principio di proporzionalità, inteso non come parametro di controllo giurisdizionale, ma come canone interno all'azione amministrativa, rafforzando l'evoluzione funzionale dell'amministrazione di risultato. In tale quadro, l'organizzazione²⁷ assume un ruolo non solo di garanzia dell'ordine istituzionale, ma

in L. GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione pubblica*, in M. INTERLANDI (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, 139 ss.

²⁷ Sulla rilevanza della dimensione organizzativa cfr. L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, cit. e in particolare, in relazione alla rilevanza della dimensione organizzativa, 564 ss. ove si rileva che la logica della appropriatezza «si contrappone a quella della consequenzialità in cui "preferenze" e "aspettative" sono gli elementi che guidano i comportamenti e, dunque, inducono e legittimano una valutazione circa la razionalità degli stessi. In questo contesto, un dato centrale è rappresentato dalla garanzia di una "congruenza" della scelta con il dato sociale (...) la logica della appropriatezza da un lato presuppone che si abbiano sempre presenti i diritti e i doveri connessi alle relazioni di ruolo, dall'altro che si implementi la "consapevolezza" dei destinatari di queste azioni, del quadro valoriale e dei diritti di riferimento, ponendo, così, le basi per la costruzione di processi organizzativi e decisionali non improntati alla sola logica del calcolo costi/benefici che diviene uno degli elementi del contesto, ma non il determinante del contesto, che impone l'adozione di logiche diverse, quali la co-progettazione. Si tratta, evidentemente, di una visione che proietta la stessa organizzazione in una prospettiva diversa di garante dell'ordine istituzionale, ma anche della stabilità e prevedibilità dell'azione, senza pregiudicare quel naturale adattamento evolutivo anche dello stesso sistema. (...) In questa dimensione, dunque, l'organizzazione, intesa nella sua duplice accezione riferita al profilo strutturale e a quello delle competenze, distinte e allocate in ragione della complessità del sistema, è il riflesso di un condizionamento sistemico, in quanto frutto delle interazioni tra i diversi sistemi, «tra economia e scienza, tra politica e diritto, tra famiglie e religione», e si pone quale principale garante dello stesso superamento dei paradossi dei principi di libertà e uguaglianza, in quanto garante del pieno espletamento delle relative capacità inclusive». Sul punto non si possono non richiamare le parole di N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione* (trad. it.), Mondadori, Milano, 2005, in particolare 29 ss., sull'apprendimento adattivo delle organizzazioni e le riflessioni di J. G. MARCH, J. P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, (trad. it.), Il Mulino, Bologna, 1992; H.A. SIMON, *Il comportamento amministrativo* (trad. it.), cit., 112 ss., D. D'ORSOGNA, *Coalescenze*, cit.; Id., *Principio di uguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, p. 40. Si veda anche, *ex multis*, G. BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Giuffrè, Milano, 2008; G. DI GASPARÉ, *Organizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, 513 ss.

anche di stabilità, prevedibilità e appropriatezza dell'azione amministrativa bilanciando le condizionalità finanziarie²⁸ e riducendo i paradossi correlati ai principi di libertà e di uguaglianza,

5. *Razionalità amministrativa tra legalità e appropriatezza*

Seguendo questo percorso argomentativo delineato, il tema della razionalità amministrativa deve essere riletto in una prospettiva ampliata, capace di cogliere la complessità dell'azione pubblica. L'azione amministrativa non può più essere valutata esclusivamente alla luce della legalità formale, ma deve essere apprezzata nella sua dimensione relazionale, multilivello e orientata al risultato.

Il superamento del formalismo non implica l'abbandono della legalità, ma il suo ripensamento in chiave funzionale²⁹ e sostanziale, orientata alla concreta tutela degli interessi coinvolti e alla qualità delle decisioni pubbliche.

La complessità impone di considerare l'organizzazione³⁰ come parte

²⁸ Non è certamente questa la sede in cui ripercorrere l'ampio e non ancora sopito dibattito relativo al bilanciamento tra la dimensione economico-finanziaria e la dimensione sostanziale dell'azione. Sia consentito sul punto rinviare a L. GIANI, *I diritti sociali e le sfide della globalizzazione. I diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed uguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in Onore di C. Rossano, Jovene*, 2013; ID., *Concorrenza intersistemica e capitalismo regolatorio. Spunti di riflessione sul "nuovo" ruolo dello Stato*, in AA.VV., *Discorsi interrotti. Il pensiero di Giovanni Marongiu venti anni dopo*, Luiss Academy, Roma, 2014; ID., *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 463 ss.

²⁹ Sul superamento del formalismo amministrativo senza abbandono della legalità, v. F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3457 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993. La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato che il rispetto formale delle prescrizioni normative non è sufficiente a garantire la legittimità sostanziale dell'azione, quando l'interpretazione adottata risulti irragionevole o sproporzionata: Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 271.

³⁰ Sul punto N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, cit. evidenzia che «Se la razionalità deve formulare esigenze nei confronti di un osservatore, il problema della razionalità di sistema potrebbe stare nel trattamento della distinzione tra autoreferenza ed eteroreferenza (...). E bisogna sempre tener conto del fatto che l'unico "substrato" della razionalità è l'operazione, che è attuale solo nel momento e che deve attualizzare le esigenze che avanza nei propri confronti (...) il sistema può generalizzare con attenzione la sua consapevolezza proiettiva» (378-379). E, in questo senso, è proprio l'organizzazione uno degli elementi di esplicitazione del rapporto tra «autoreferenza ed eteroreferenza dei sistemi sociali» (380). «La razionalità che può essere raggiunta dall'organizzazione, che si riproduce sulla base

integrante del processo decisionale, poiché una valutazione circoscritta alla correttezza formale dell'atto rischia di offrire una rappresentazione parziale e distorta della razionalità amministrativa. In questo quadro, l'appropriatezza sostenibile emerge come criterio capace di integrare le diverse dimensioni della razionalità amministrativa, consentendo all'amministrazione di mantenere funzionalità e legittimazione al cospetto della complessità³¹ e in contesti mutevoli.

È possibile distinguere, in via analitica, diverse declinazioni della razionalità amministrativa che devono essere temperate nell'ambito dell'azione amministrativa contemporanea. La prima è la razionalità legale-formale, riconducibile al modello weberiano di burocrazia legale razionale, nella quale l'agire è razionale in quanto conforme al paradigma normativo. La seconda è la razionalità orientata al risultato governato dalla logica della appropriatezza sostenibile, che è di tipo massimizzante l'interesse pubblico nel rispetto delle interdipendenze tra interesse pubblico e gli altri interessi. Dunque, una razionalità strumentale il cui modello può essere rintracciato in quell'ordito valoriale che trova il proprio caposaldo nel principio del buono andamento, riferita alla massimizzazione dell'interesse pubblico nel rispetto delle interdipendenze, integrando le dimensioni della efficacia, efficienza ed economicità in una logica di equilibrio dinamico tra mezzi impiegati e risultati perseguiti. La

operativa delle decisioni, non può, per questo solo motivo, pretendere il titolo di razionalità della società globale; e questo nemmeno se si considera in entrambi i casi solo la razionalità sistemica (...)» (382). In altra parte del suo lavoro l'A. indaga il rapporto tra società e organizzazione, soprattutto con riferimento alle interdipendenze e alle possibilità di rendere finiti oneri informativi infiniti, sottolineando come l'attenzione vada concentrata sulla differenziazione tra sistema sociale e sistema organizzativo. «Il fabbisogno di organizzazioni nella società moderna si spiega allora non con una crescita selvaggia di centri di formazione della volontà, che dipendono dall'esecuzione delle loro decisioni. Tali centri sorgono solo all'interno delle organizzazioni e non spiegano il fabbisogno di organizzazioni. Il problema che le organizzazioni si trovano ad affrontare è l'incertezza sul futuro, riprodotte continuamente senza respiro, e a questo essere devono reagire con capacità decisionale e integrando verticalmente i loro processi decisionali», 311 ss., in particolare 339.

³¹ Sul punto cfr. F. G. SCOCA, *L'attività amministrativa*, cit., il quale sottolinea che «la considerazione dell'interesse pubblico (o, in generale, della opportunità degli atti) è apprezzabile in modo fortemente soggettivo, e comunque la valutazione attiene al rapporto tra l'attività, intesa come mezzo, rispetto al fine che essa si propone di raggiungere, la nuova impostazione è ben più concreta dato che la valutazione è tutt'altro che confinata sul piano teleologico, e prende in considerazione il rapporti tra gli obiettivi programmati (o prefissati) e i risultati ottenuti» (100); ID., *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffrè, Milano, 1998, 107 ss.

terza, declinazione della seconda, è una razionalità strategica che impone all'amministrazione di valutare *ex ante* i comportamenti dei destinatari e gli effetti diretti, indiretti e perversi delle decisioni, assumendo una logica precauzionale nella gestione (ordinaria) dell'incertezza e del rischio.

Tali declinazioni della razionalità si saldano a una razionalità contestuale, che sul piano giuridico si integra con il principio di proporzionalità, inteso come canone interno all'azione amministrativa e non solo, come detto, come parametro di controllo giurisdizionale. In questa prospettiva, la discrezionalità amministrativa viene reinterpretata come spazio fisiologico di adattamento ragionevole della norma al caso concreto, orientato alla soluzione del problema amministrativo e non alla mera osservanza formale della regola³².

Il modello della razionalità legale, da solo, non è più sufficiente a definire la correttezza sostanziale dell'azione amministrativa, che risulta dall'integrazione delle diverse dimensioni considerate.

Non mancano, infatti, ipotesi nelle quali una decisione formalmente corretta risulta sostanzialmente inadeguata, poiché ignora le finalità della norma e produce effetti sproporzionati sugli interessi coinvolti. Il conflitto tra certezza del diritto e giustizia sostanziale emerge con particolare evidenza in tali casi, evidenziando i limiti di una applicazione meramente formalistica delle regole. Il superamento del formalismo non comporta, tuttavia, l'abbandono della legalità, ma la sua rielaborazione in senso sostanziale, con riflessi diretti sulla sistematica dei controlli. La violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità può determinare l'illegittimità dell'azione amministrativa anche in assenza di una puntuale violazione di norme positive, quando venga compromesso il necessario bilanciamento degli interessi in gioco.

La giurisprudenza costituzionale e amministrativa ha progressivamente valorizzato questa dimensione sostanziale, riconoscendo che l'eccesso di formalismo può tradursi in una violazione indiretta dei principi costituzionali, ove impedisca il perseguimento effettivo dell'interesse

³² In dottrina, l'appropriatezza è stata ricondotta a una forma di razionalità allargata, capace di integrare legalità, buon andamento e proporzionalità. Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, cit.; ID., *Dalla multilevel governance alla governance reticolare. Esigenze dei territori, capability e appropriatezza degli interventi*, cit. Sul punto cfr. gli approfondimenti di D. D'ORSOGNA, *Coalescenze*, in particolare 12 ss.

pubblico o determini un sacrificio sproporzionato dei diritti individuali³³, magari giustificato (solo formalmente) dalla condizionalità finanziaria.

L'appropriatezza sostenibile si configura, così, come criterio evolutivo dell'efficacia amministrativa, estendendo la valutazione oltre la decisione in sé, agli effetti prodotti sulle persone e sul territorio, includendo una gestione consapevole del rischio e dell'incertezza, e alla adeguatezza della struttura organizzativa predisposta³⁴ – ma qui il discorso ci porterebbe lontano – spostando in avanti, come diceva Iannotta, «la soglia del giuridico, inglobando il mondo dei fatti, dei fenomeni», e a monte su quei profili organizzativi che condizionano strutturalmente la qualità delle decisioni pubbliche.

6. *Risultato, controlli e sostenibilità nel PNRR*

In un'amministrazione orientata al risultato appropriato, il risultato non può essere ridotto a un mero indicatore quantitativo, ma deve

³³ La Corte costituzionale ha riconosciuto che un eccesso di formalismo può tradursi in una violazione indiretta dei principi costituzionali, laddove impedisca il perseguimento effettivo dell'interesse pubblico: Corte cost., 5 aprile 2012, n. 80.

³⁴ Pensiamo, ad esempio, ad una decisione della commissione elettorale di esclusione di una lista elettorale in quanto le firme a sostegno risultano apposte su un foglio diverso da quello recante la lista dei candidati, ma a questa solo spillato, senza l'apposizione di un "segno di congiunzione" tra le pagine. Ora, se andiamo a leggere la norma specifica emergono due elementi. Il primo è rappresentato dal dato testuale che letteralmente richiede che le firme dei sottoscrittori devono essere apposte su appositi moduli recanti il contrassegno delle liste e che debbono essere autenticate. Ma la norma nulla dice sul dato formale del "timbro di congiunzione", né prevede espressamente una sanzione espulsiva collegata alla sua mancanza. E qui interviene il secondo elemento rappresentato dal dato teleologico. La finalità della norma può certo ricondursi alla intenzione del legislatore di garantire che le liste a sostegno delle candidature siano sostenute da elettori "consapevoli" del valore della sottoscrizione che stavano apponendo. La norma risale al 1960 e così negli anni si è stratificata una interpretazione giurisprudenziale che a presidio della "consapevolezza" ha teorizzato che questa fosse garantita dalla apposizione del timbro di congiunzione tra le pagine, assistendo tale "necessità/garanzia" con la sanzione della esclusione della lista. Ma stante la previsione di una apposita previsione normativa che correla "espressamente" la mancanza di un timbro/segno di congiunzione alla sanzione della espulsione non ci si può non domandare se, anche alla luce delle innovazioni normative introdotte nel corso degli anni – pensiamo, ad esempio, alla normativa in materia di autocertificazione – tale struttura non sia ormai più appropriata. E forse anche il più incallito dei giuspositivisti non può avere delle perplessità sulla legittimità di una scelta escludente della commissione elettorale secondo una dimensione della razionalità strumentale. Risulta evidente, dunque, il conflitto tra certezza del diritto, riferita anche alla prevedibilità della decisione e giustizia sostanziale che costituisce uno dei nodi centrali della riflessione sulla razionalità amministrativa.

fungere da criterio di valutazione qualitativa delle scelte amministrative, tenendo conto del contesto, delle alternative praticabili e degli effetti nel medio-lungo periodo. In questa prospettiva, i modelli tradizionali di controllo, incentrati sulla conformità formale, risultano inadeguati a valutare decisioni complesse e orientate al risultato appropriato poiché riflettono una concezione dell'amministrazione per atti, incompatibile con una visione processuale e relazionale dell'azione pubblica. Il sistema dei controlli, invece, dovrebbe assolvere non solo a una funzione repressiva o sanzionatoria, ma anche a una funzione preventiva e collaborativa, capace di accompagnare l'azione amministrativa nel corso del suo svolgimento contribuendo alla qualità delle decisioni.

Tali criticità emergono con particolare evidenza nel contesto del PNRR, che ha rappresentato il banco di prova inedito per un'amministrazione orientata al risultato, accentuando la tensione tra accelerazione procedimentale e rafforzamento dei controlli.

La riduzione dei controlli concomitanti e l'innalzamento della soglia soggettiva della responsabilità erariale hanno sollevato interrogativi sulla coerenza di tali scelte con la logica dell'appropriatezza sostenibile. Il rischio è quello di privilegiare il raggiungimento formale di target e milestones a scapito della qualità delle decisioni e della sostenibilità degli interventi. Particolarmente critica appare la questione della sostenibilità finanziaria e gestionale degli investimenti realizzati con risorse PNRR, soprattutto per gli enti territoriali minori o in condizioni di squilibrio strutturale, spesso privi delle capacità organizzative e di strutture tecniche adeguate a governarne la complessità dei progetti nel tempo tali.

La valutazione della sostenibilità nel ciclo di vita delle opere avrebbe dovuto costituire elemento centrale del sistema dei controlli, integrando dimensione finanziaria, organizzativa e sociale³⁵ in una logica coerente con l'appropriatezza sostenibile.

La prevalenza di una impostazione aziendalistica nella definizione degli obiettivi e dei sistemi di performance, tuttavia, ha contribuito a una distorsione della funzione dei controlli, riducendo la valutazione dell'azione amministrativa a parametri misurabili, spesso disancorati dalla effettività dei diritti. Nel contesto del PNRR, fattori quali il tempo della decisione e il rispetto degli equilibri di bilancio hanno assunto una valenza quasi tiran-

³⁵ La Corte dei conti ha sottolineato la necessità di valutare la sostenibilità finanziaria degli interventi nel ciclo di vita delle opere: Corte dei conti, Sez. Autonomie, delib. n. 18 del 19 dicembre 2022.

nica, quando non inseriti in una valutazione sistemica dell'azione amministrativa, rischiando di comprimere la dimensione sostanziale del risultato (degli interessi). La sostenibilità degli investimenti, tuttavia, non può essere valutata limitatamente alla fase di realizzazione, ma deve essere proiettata sull'intero ciclo di vita dell'intervento, considerando i costi di gestione, la capacità organizzativa dell'ente e i benefici attesi nel tempo.

L'assenza di una valutazione strutturata di tali profili, unitamente a una sottovalutazione della dimensione programmatica, espone al rischio di realizzazione di *white elephants*, cioè opere inutilizzate, con il conseguente aggravamento degli squilibri finanziari prospettici degli enti territoriali e possibile ricorso a interventi straordinari e commissariati, in aperta contraddizione con la logica dell'appropriatezza sostenibile che dovrebbe guidare l'allocatione delle risorse pubbliche. A ciò si aggiunge che la "fretta del PNRR" ha spesso indotto a progettare opere senza adeguata analisi costi-benefici di lungo periodo, mentre la logica della appropriatezza implica una valutazione della sostenibilità degli investimenti considerando non solo la dimensione temporale, proiettata sul ciclo di vita dell'opera, ma anche quella organizzativa, riferita alla capacità gestionale dell'ente, la finanziaria, riferita agli equilibri prospettici e sociale, guardando alla effettività del servizio nel tempo.

La centralizzazione del PNRR risulta, sotto questo profilo, difficilmente compatibile con una valutazione contestuale dell'appropriatezza, poiché tende a privilegiare una logica top-down che riduce la capacità di adattamento delle decisioni ai contesti territoriali e alle capacità effettive degli enti attuatori.

7. Accrual accounting e rappresentazione dell'azione amministrativa

Nel quadro delle riflessioni dedicate alla sistematica dei controlli e alle trasformazioni degli strumenti informativi e di misurazione assume rilievo centrale la riforma del sistema di contabilità pubblica, e in particolare il passaggio verso modelli di contabilità economico patrimoniale accrual, come prospettato nella riforma 1.15 del PNRR, successivamente ridimensionata in "riforma delle norme di contabilità pubblica".

L'introduzione dell'*accrual* segna un mutamento significativo del paradigma informativo, poiché implica l'adozione di criteri valutativi che ampliano gli spazi di discrezionalità tecnica e interpretativa. Tale ampliamento comporta rischi non trascurabili, tra cui quello di patetiche di *creati-*

ve accounting nel settore pubblico, attraverso la manipolazione dei criteri di rilevazione, classificazione e valutazione, in assenza di un mercato in grado di validare esternamente tali scelte. Si tratta di una riforma che non è certo figlia del solo PNRR, che in un certo senso realizza meglio quel panotticismo tipico del centro verso la periferia, attraverso un rafforzamento degli strumenti conoscitivi e comparativi, e questo non perché la contabilità economico-patrimoniale abbia qualche virtù in più rispetto a quella finanziaria.

In questo contesto, il ruolo dei sistemi di controllo e di verifica esterna diviene decisivo, poiché la contabilità economico-patrimoniale non è una tecnica neutrale, ma uno strumento che produce specifiche rappresentazioni della realtà amministrativa, funzionali a determinate esigenze decisionali e comunicative. Infatti, i sistemi di contabilità non possono essere valutati in senso assoluto, e la loro adeguatezza/inadeguatezza dipendono dal finalismo che sono chiamati a servire. Sono semplici tecniche e metodi non neutrali, che servono a favorire una determinata necessità decisionale e, quindi, comunicativa e che producono specifiche rappresentazioni della realtà amministrativa. Pertanto, la loro adeguatezza dipende dalla coerenza con le finalità pubbliche perseguite, e non da presunte superiorità tecniche intrinseche.

Il passaggio all'*accrual* sembra rispondere all'esigenza di rafforzare i processi di accountability, andando oltre la tradizionale funzione autorizzatoria della contabilità finanziaria.

Ma tale passaggio non è privo di criticità, soprattutto se non accompagnato da una chiara definizione del finalismo pubblico sotteso alla riforma.

Una prima criticità riguarda il rischio di standardizzazione e di ampliamento incontrollato della discrezionalità correlate alle stime, giudizi e valutazioni soggettive che può entrare in tensione con i rischi di legalità, imparzialità e controllo esterno. Una seconda criticità attiene al richiamo al concetto di capitale di funzionamento, mutuato dal bilancio d'impresa, la cui applicazione alle pubbliche amministrazioni solleva rilevanti perplessità. Infatti, il capitale di funzionamento presuppone una logica economica orientata alla produzione di reddito, in sé estranea all'azione amministrativa, che trova il proprio fondamento nella funzione pubblica e nella logica del servizio, e non nel mercato. Nel settore pubblico, il capitale di funzionamento non può essere assimilato a quello d'impresa, sia per la presenza di beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili, sia per l'assenza di flussi di ricavo di mercato, con conseguenti difficoltà nella determinazione del valore, del costo storico e dei criteri di ammortamento.

Del resto, la finalità della contabilità pubblica non dovrebbe essere la “determinazione di reddito” ma la rappresentazione della consistenza patrimoniale e dei risultati economici della gestione in un’ottica di accountability e trasparenza, funzionale al controllo democratico.

In questa prospettiva, avrebbe forse maggiore coerenza valorizzare strumenti quali la contabilità analitica e l’analisi dei costi dei servizi, più direttamente funzionali alle decisioni pubbliche e alla valutazione della efficacia, appropriatezza e sostenibilità delle politiche.

Le difficoltà applicative dell’*accrual* risultano ulteriormente accentuate dalla coesistenza con la contabilità finanziaria, che determina duplicazioni informative e complessi problemi di riconciliazione tra risultati economici e finanziari, *rectius* una nuova stagione di “non trasparenza finanziaria”³⁶.

Ciò non esclude che l’introduzione dell’*accrual* possa rafforzare l’accountability, intesa in senso ampio come responsabilità delle pubbliche amministrazioni verso i cittadini, istituzioni di controllo e collettività, a condizione che sia chiaramente definito, come detto, il finalismo pubblico della riforma.

Anche perché il riferimento al principio dell’*accrual* implica la competenza economica, e quindi costi e ricavi, e non già entrate e uscite, pertanto, occorre superare le difficoltà di misurazione economica dei beni pubblici, che, in ragione della loro funzione istituzionale e sociale, non rispondono alle logiche del mercato, non generando flussi di ricavo, con la conseguente assenza di un valore di mercato attendibile e di criteri certi per determinare il costo storico, la vita utile e anche i criteri di ammortamento.

Quindi se da un lato va vista con favore la riforma nella prospettiva di garantire una reale accountability, quindi una idea di responsabilità molto più ampia di quanto fosse in precedenza, perché introduce i temi della rendicontazione sociale, della socialità e della sostenibilità, dall’altro occorre valutare la adeguatezza della contabilità economico patrimoniale, in quanto se non si scioglie il tema del finalismo si sposta a valle il problema della molteplicità dei sistemi di contabilità che tanto ha creato problemi in passato, rischiando di avere nuovamente tante situazioni patrimoniali e risultati economici molto difficili da interpretare e quasi impossibili da ridurre a sistema in assenza di un quadro unitario di riferimento.

³⁶ Per approfondimenti sui possibili rischi di una nuova stagione di “non trasparenza finanziaria” con l’entrata in vigore della c.d. riforma *Accrual* del sistema di contabilità pubblica si veda V. MANZETTI, *Lo Stato sociale tra regole di finanza pubblica e nuovi modelli di welfare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, 226.

L'introduzione dell'*accrual*, superate le criticità, può rafforzare il principio di accountability, cioè la responsabilità delle pubbliche amministrazioni verso cittadini, istituzioni di controllo, collettività, ponendosi quale presupposto logico della rendicontazione sociale che, insieme al bilancio sociale, al report integrato e al report di sostenibilità, consentono alla pubblica amministrazione di comunicare risultati sociali, impatti economici ed effetti ambientali delle proprie politiche. Tema che apre a una concezione allargata di accountability che supera l'*accountancy* legata al rendiconto finanziario, al controllo della regolarità contabile e alla verifica formale, verso una dimensione allargata in cui l'*accountability* considera la dimensione finanziaria, riferita agli equilibri di bilancio, di performance, riferita all'efficacia/efficienza delle decisioni assunte; sociale, richiamando l'impatto su cittadini e territori, ambientale, riferita alla sostenibilità ecologica, e non da ultimo democratica, intercettando le dimensioni della trasparenza e della partecipazione. Essa, infatti, potenzialmente fornisce alla rendicontazione sociale dati più attendibili sui costi dei servizi, sul consumo delle risorse, fornendo una base per valutare efficienza, economicità e sostenibilità nel tempo.

7.1. *Il controllo concomitante tra prevenzione e responsabilità*

Sempre il parametro della sostenibilità già richiamato nel discorso sull'*accountability*, evidenzia come ulteriori approfondimenti dovrebbero riguardare tematiche quali le modalità di programmazione e dunque la prospettiva del rischio e l'impatto sulle decisioni dell'amministrazione, o ancora, con specifico riferimento alla dimensione più pura della contabilità, le regole che riguardano le modalità di utilizzazione e contabilizzazione delle risorse erogate per l'attuazione del PNRR da parte degli enti territoriali in qualità di soggetti attuatori, o ancora i controlli che opera la Corte dei Conti. Circoscrivendo il discorso a quest'ultimo profilo, e, soprattutto circoscrivendolo alla realtà del PNRR, la Corte interviene in diverse fasi di vita del piano e della sua gestione e, indubbiamente si pone il problema del corretto, efficace, efficiente utilizzo dei fondi del PNRR.

La Corte ha poteri per verificare la regolarità della attuazione, e la efficacia ed efficienza della utilizzazione dei fondi anche dopo l'intervento normativo che ha eliminato il PNRR dal perimetro del controllo concomitante della Corte dei conti (art. 1, d.l. 44/2023)³⁷.

³⁷ M. MACCHIA, *La "nuova" discrezionalità amministrativa e il controllo concomitante*

Prima della novella era previsto il coinvolgimento del magistrato contabile attraverso una duplice tipologia di controllo sull'attuazione del PNRR: da un lato un controllo successivo sulla gestione, quindi sulla attuazione del programma, dunque non un controllo di gestione; dall'altro il controllo concomitante.

Come detto, il controllo concomitante, la cui *ratio* risponde a una funzione preventiva (per intercettare criticità prima che producano danni), collaborativa (per segnalare all'amministrazione problematiche in corso d'opera), e di accountability (per rendere trasparente l'attuazione in tempo reale) è stato eliminato, non senza polemiche, proprio per il PNRR fondato su un monitoraggio continuo delle attività amministrative e sull'analisi di procedimenti mentre sono ancora in fase di svolgimento, attraverso l'esame di atti, dati, informazioni svolti da strutture dedicate, operando secondo programmi di controllo definiti. L'art. 22 risulta riscritto nel senso per cui la Corte esercita il controllo concomitante sui piani e progetti, esclusi quelli del PNRR, adottati per il sostegno e rilancio dell'economia. L'esito di questo controllo viene immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale.

Superfluo sottolineare quanto e come il controllo concomitante, se correttamente esercitato – ma a questo forse la Corte aveva abdicato sin dall'inizio – anche per ragioni organizzative e strutturali – possa garantire l'appropriatezza dell'azione dell'amministrazione, soprattutto in una situazione verticalizzata in cui si sovverte la logica bottom-up propria della programmazione comunitaria. Ma vuoi la esiguità delle risorse della Corte, vuoi il protezionismo del Governo sul Piano hanno fatto naufragare uno strumento di controllo, io oserei definirlo di accompagnamento verso la appropriatezza della azione dell'amministrazione, piuttosto che di mera vigilanza formale.

La soppressione del controllo concomitante sul PNRR segna indubbiamente un arretramento significativo nella prospettiva di un controllo orientato alla qualità dell'azione amministrativa, privilegiando una logica

della Corte dei conti, in Il ruolo della Corte dei conti nei processi decisionali degli Enti locali, a cura di J. BERCELLI e S. MORO, Giappichelli, Torino, 2023, 57 ss.; A. PETA, *I controlli della Corte dei conti: il c.d. controllo concomitante, Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, a cura di A. Giordano, Milano, Giuffrè, 2021, 560 ss.; E. MINNEI e C. PAGLIARIN, *Il controllo concomitante della Corte dei conti per l'accelerazione degli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 1095 ss.; C. CHIAPPINELLI, *Le innovazioni della legge "Brunetta" al sistema dei controlli nel quadro delle altre recenti riforme*, in *Ragiusan*, 2011, n. 327/328, 90 ss.

acceleratoria che rischia di sacrificare la valutazione degli effetti di medio-lungo periodo.

Anche se “si deve prendere atto che, se sussistono riserve sul tenore delle norme che hanno ora introdotto, ora soppresso il controllo concomitante sul PNRR e sul Fondo complementare, sussistono tuttavia anche esigenze di chiarezza sul tenore di alcune disposizioni del regolamento

Recovery and resilience facility n. 241/2021, ed in particolare sull’art. 22, quando nel trattare la tutela degli interessi finanziari dell’Unione, dispone al comma 1 che la prevenzione, l’individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e di conflitti di interessi, deve essere affidata dagli Stati membri ad un *sistema di controllo interno efficace ed efficiente*, mentre al comma 2, lett.e, chiama in causa, sempre a questi fini, i sistemi di controllo (indistintamente interni ed esterni) di Commissione, Olaf, Corte dei conti europea, EPPD”³⁸.

Residua il controllo sulla gestione (art. 3, comma 4) che si esercita svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l’acquisizione e l’impiego dei fondi di cui al PNRR. Questo tipo di controllo, che a volte viene chiamato collaborativo, si informa certamente ai criteri di cooperazione e coordinamento, anche con la Corte dei conti europea, e in questo caso la Corte riferisce (semestralmente per il PNRR) al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto accade per gli altri casi dove il referto è annuale.

Se si allarga la prospettiva emerge come l’abolizione del controllo concomitante potrebbe (ma il condizionale è d’obbligo) risultare un falso problema in quanto residuerebbe l’art. 3, comma 4 che prevede che il controllo successivo possa essere svolto anche in corso di esercizio, pertanto per certi versi il controllo concomitante torna sotto mentite spoglie perché la Corte può verificare la regolarità e legittimità della gestione, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione. Un controllo successivo, ma in corso di gestione.

8. Scudo erariale, colpa grave e trasformazioni della responsabilità

Ma la eliminazione del controllo concomitante non è l’unico “colpo di scure” che si è abbattuto sulla sistematica dei controlli. In questa me-

³⁸ G. COLOMBINI, V. MANZETTI, *Introduzione alla ricerca*, in G. COLOMBINI, M. D’ORSOGNA, L. GIANI, V. MANZETTI (a cura di), *Il PNRR tra condizionalità finanziarie e sociali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023, XXII ss.

desima direzione di ridimensionamento dell'apparato di garanzia si colloca anche l'intervento sul versante della responsabilità amministrativa.

Un altro aspetto sul quale occorre richiamare l'attenzione, sempre in relazione alla valutazione della efficacia dei controlli nella prospettiva della appropriatezza prima considerata riguarda il c.d. scudo erariale rispetto al quale il Parlamento ha prorogato la norma che eleva l'elemento soggettivo per l'imputabilità al dolo rendendolo per certi versi regola nel contesto della c.d. riforma Foti.

Come noto, infatti, il d.l. 76/2000 rappresenta un passaggio chiave nel ripensamento del ruolo dei controlli della Corte dei conti, inserendosi nel più ampio disegno di riduzione dell'inerzia amministrativa e di contenimento della c.d. paura della firma che costituisce la chiave di lettura dell'intero successivo intervento normativo. In questo contesto, il decreto non mirava a ridisegnare in senso assoluto la funzione di controllo, quanto piuttosto a ridefinirne la natura e modalità di esercizio, valorizzando profili di accompagnamento e prevenzione rispetto a logiche meramente sanzionatorie.

La scelta di intervenire sul perimetro della responsabilità amministrativa e, indirettamente sul rapporto tra amministrazione e controllo contabile si fonda sull'idea che l'effettività dell'azione pubblica non possa essere garantita da un sistema in cui il controllo si traduce in un fattore paralizzante. Ed è proprio la considerazione di questo profilo a rendere evidente come il d.l. 76/2000 non abbia introdotto un modello eccezionale di controllo, rendendo più esplicita una tendenza presente nell'ordinamento: quella verso un controllo che non si sostituisca alla decisione amministrativa, né la condizioni in modo vincolante, ma che ne verifichi *ex post* la coerenza con i principi di legalità, buon andamento ed equilibrio finanziario.

In questa prospettiva si è assistito a una ridefinizione concettuale della colpa grave, riposizionandola nel sistema come criterio selettivo e non espansivo della responsabilità, sottraendola a una lettura meramente oggettiva, ancorata a una valutazione legata alla complessità dell'azione amministrativa, all'incertezza del quadro normativo, alla finalizzazione dell'atto all'interesse pubblico, nonché all'assenza di vantaggi personali. E così, il modello proposto di fatto ha circoscritto la responsabilità erariale ai soli comportamenti caratterizzati da una deviazione macroscopica dai doveri d'ufficio.

Prima di entrare nel merito della riforma occorre effettuare alcuni rapidi richiami al percorso che si è concluso nella richiamata riforma. Il

primo passo non può che essere rintracciato nella ella progressiva estensione della disciplina emergenziale introdotta in occasione della pandemia da Covid-19.

Interessante, a mio avviso, l'ordinanza di rimessione della Corte dei conti Campania (ord. 228/2023)³⁹ relativa appunto all'art. 21, comma 2, d.l. 76 per contrasto con gli artt. 103, 97, 28, 81 e 3 della Costituzione nella parte in cui introduce, sia pure in via temporanea, *«l'esenzione generalizzata da responsabilità per le condotte commissive connotate dall'elemento soggettivo della colpa grave»* che era stato individuato quale punto di equilibrio del binomio colpa/dolo. In ciò richiamando anche i precedenti della stessa Corte costituzionale che aveva ritenuto in contrasto con l'art. 103 Cost. le previsioni miranti ad introdurre la c.d. colpa tipizzata (Corte cost. 340/2001). Sebbene si tratti di legislazione emergenziale, emanata al dichiarato fine di garantire una più rapida adozione dei provvedimenti amministrativi per l'attuazione del PNRR, sottolinea, direi condivisibilmente, la Corte dei conti nell'ordinanza di rimessione, che nella sua valutazione non si può prescindere dalla considerazione della *«ragionevolezza, la non sproporzione della misura adottata e la funzionalità alle finalità perseguite»*, con un evidente ribaltamento dell'assetto tradizionale della responsabilità amministrativa. E proprio in considerazione di ciò, la Corte ha ritenuto irragionevole la norma che, tra l'altro, comprende tutti gli ambiti dell'agire dell'amministrazione, senza limitarsi a quelli strettamente inerenti, o quanto meno influenzati dall'emergenza Covid. E così la previsione, secondo la Corte, ha finito per ridisegnare, con decretazione d'urgenza, il sistema della responsabilità erariale, spostando di fatto la responsabilità dall'autore dell'illecito sul controllore che ha omesso i doverosi controlli, e ciò in quanto la responsabilità del primo – che è il soggetto che materialmente ha realizzato l'attività dannosa è limitata alle ipotesi di dolo, mentre quella del secondo – cioè, il controllore – anche alla ipotesi di colpa grave.

È interessante per il passaggio in cui si sottolinea che la norma non è funzionale allo scopo – di arginare la paura della firma – e ciò in quanto la scrivente ha finito per estendersi anche a qualunque condotta fattuale, quali, ad esempio, il danneggiamento con colpa grave di un'auto dell'amministrazione o il danno indiretto provocato da un medico che dimentica

³⁹ Corte dei conti, Sez. giur. Campania, ord. 10 ottobre 2023, n. 228, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale sull'art. 21, comma 2, d.l. 76/2020, per irragionevole compressione della responsabilità erariale.

la garza nell'addome nel paziente, esempi che rendono evidente l'eccessiva estensione applicativa della norma.

E a sottolineare la irragionevolezza della norma, nell'ordinanza si richiama la distinzione tra danno diretto (cioè, quello prodotto direttamente all'amministrazione) e danno indiretto (cioè, quello prodotto a terzi che l'amministrazione è tenuta a risarcire), il primo ricondotto alla violazione degli obblighi di servizio, a sottolineare l'ulteriore irragionevolezza della norma che non considera tale distinzione. E sul punto la corte sottolinea come «il buon andamento si declina come buona amministrazione, sia nel senso di assicurare un'attività amministrativa nel rispetto della legge, sia nel senso di assicurare l'efficienza e l'adeguatezza dell'agire amministrativo». Considerato lo stretto legame tra buon andamento e imparzialità e legalità, si evidenzia l'incongruenza di una norma che rende nella sostanza lecite condotte che di fatto sono illecite operate, con un intervento sulla loro punibilità.

La Corte costituzionale⁴⁰, come noto, ha respinto le censure sollevate dalla Sezione remittente, ritenendo sostanzialmente infondato il timore che l'evoluzione normativa potesse incidere sull'essenza costituzionale della funzione di controllo, determinando una compressione indebita delle prerogative della Corte o, al contrario, una trasformazione del controllo in forma di sindacato sostanzialmente invasivo.

La Corte, infatti, ha ribadito che la compatibilità costituzionale dei controlli della Corte dei conti non dipende dalla loro intensità astratta, bensì dalla loro qualificazione funzionale, rilevando il fatto che essi non assumono in carattere sostitutivo, traducendosi in una compressione dell'autonomia decisionale dell'amministrazione. La Corte, nel ribadire la compatibilità costituzionale della norma impugnata ha valorizzato l'idea che la responsabilità amministrativa non ha una funzione positiva in senso proprio, ma una funzione ripristinatoria e di garanzia dell'equilibrio finanziario, arrivando così a giustificare una soglia di imputazione più elevata rispetto agli altri modelli di responsabilità. La Corte ha poi evidenziato come il rischio di una nozione troppo estensiva di colpa grave possa trasformare il controllo in un sindacato sostitutivo delle scelte amministrative, rischio che può essere scongiurato mantenendo ferma la distinzione tra valutazione della legittimità e della ragionevolezza dell'azione amministrativa e l'accertamento della macroscopica violazione dei

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 132 del 2024, che ha ritenuto non fondate le censure, ribadendo la funzione ripristinatoria e non sostitutiva della responsabilità amministrativo-contabile.

doveri d'ufficio. E così la colpa grave viene individuata quale punto di equilibrio tra controllo e autonomia amministrativa⁴¹. È su questa linea di continuità che si colloca l'intervento legislativo successivo.

Questa impostazione ha trovato riscontro particolarmente chiaro nella ricostruzione fatta propria dalla legge 1/2026 che segue le coordinate tracciate proprio nella decisione della Corte costituzionale.

Nel contesto della riforma, la colpa grave si pone come vero e proprio perno di razionalizzazione della responsabilità amministrativo-contabile, segnando il passaggio da un sistema percepito come prevalentemente deterrente a un modello dichiaratamente orientato alla responsabilizzazione selettiva dell'agente pubblico. E così la colpa grave viene stabilizzata come criterio ordinario e strutturale di imputazione, chiarendo che la responsabilità erariale non può essere fondata su meri errori valutativi, scelte discrezionali opinabili o violazioni formali prive di effettiva incidenza finanziaria.

Il tentativo di oggettivizzazione della colpa grave trova uno dei propri pilastri nella insindacabilità della discrezionalità amministrativa che risulta dalla strutturazione della norma che, come noto, esclude la responsabilità in quelle ipotesi in cui la decisione si colloca all'interno di un ventaglio di scelte ragionevoli, l'amministrazione ha operato in un contesto normativo incerto o mutevole e l'atto è espressione di una ponderazione di interessi contrapposti.

L'intento dichiarato del legislatore è quello di evitare che la colpa funga da strumento surrogatorio del controllo di opportunità assurgendo a "funzione ordinatrice" del ruolo della Corte dei conti che, così, non può essere più chiamata a presidiare l'efficienza dell'azione amministrativa attraverso l'espansione della responsabilità, ma a intervenire solo nei casi di grave scostamento dai canoni della "legalità finanziaria".

Ed è proprio la considerazione di questo aspetto evidenzia anche gli altri profili di criticità di una simile impostazione che allontana la disposizione, gli effetti attesi, dalla sua concreta effettività, cioè l'essere il criterio di equilibrio tra responsabilità e buon andamento che, evidentemente, viene circoscritto alla sola dimensione finanziaria.

⁴¹ La dottrina è estremamente ampia. Sia consentito richiamare, *ex multis*, U. ALLEGRETTI, *I controlli amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1995; C. ASTRALDI DE ZORZI, *Colpa grave e dolo: responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Enti pubblici*, 1997, 1, 9 ss.; O. SEPE, *Danno e colpa nella giurisdizione contabile: innovazioni introdotte con la legge 20 dicembre 1996, n. 639*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 3, 615 ss. In chiave critica sulla riforma, S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di buon andamento della p.a.*, in *AmbienteDiritto*, 2022, 1, 1 ss.

E ciò è ancor più evidente se si considera che il tentativo di oggettivizzazione della colpa grave come soglia ordinaria di imputazione, cercando al contempo di vincolarne l'accertamento a parametri normativi predeterminati, si pone in contrasto con la caratteristica propria della colpa, che è categoria valutativa che vive di apprezzamenti complessivi e contestuali. E così è chiaro che la sua eccessiva tipizzazione rischia di trasformarla da criterio selettivo a clausola di protezione generalizzata nella quale l'attenzione si sposta dalla valutazione dell'effettiva gravità della condotta alla mera ricorrenza di indici formali (complessità normativa, esistenza di pareri, contesto organizzativo) con un latente pericolo di perdita della elasticità del giudizio di colpevolezza, che potrebbe risultare incapace di intercettare condotte sostanzialmente gravemente negligenti ma formalmente giustificabili.

Il richiamo a elementi a forte caratterizzazione soggettiva quali la buona fede, l'assenza di vantaggi personali, la finalizzazione all'interesse pubblico, nonché l'affidamento su assunti organizzativi e indirizzi superiori, rischia di spostare ulteriormente l'attenzione sulla condizione psicologica e funzionale dell'agente, con la conseguenza che la colpa grave rischia di dissolversi in una sorta di "irragionevolezza intenzionale", avvicinandosi vieppiù al dolo, rischiando di tramutarsi in uno strumento di deresponsabilizzazione selettiva, soprattutto nei contesti amministrativi complessi e strutturalmente disorganizzati.

Le criticità sommariamente richiamate rischiano di essere ulteriormente acuite a seguito della applicazione della regola del silenzio assenso che, unitamente alla disciplina della colpa grave, rischia di generare un notevole abbassamento della soglia di controllo sostanziale, con il rischio che l'inerzia si traduca in una valutazione implicita di regolarità, sebbene sia chiaro che il silenzio può dipendere da fattori del tutto estranei dal merito, quali i carichi di lavoro, le carenze di organico, le complessità istruttorie o le priorità organizzative interne, così che il controllo contabile viene ricodificato come rischio organizzativo, anziché come giudizio di tipo giuridico. Ed è proprio dalla coniugazione tra questi due elementi emergono le criticità più profonde della riforma che rischia di produrre un abbassamento cumulativo delle garanzie nel quale diventa estremamente difficile ricostruire, *ex post*, un profilo di responsabilità con una conseguente attenuazione della funzione stessa del controllo contabile.

9. *Appropriatezza, responsabilità e legittimazione democratica*

Le trasformazioni esaminate evidenziano come l'azione amministrativa sia oggi chiamata a confrontarsi in modo strutturale con la complessità, intesa non soltanto come pluralità di interessi coinvolti, ma come interazione dinamica tra vincoli normativi, obiettivi di risultato e tutela dei diritti. Tali dinamiche pongono le basi per una riflessione conclusiva sul modello dell'appropriatezza, già alla luce delle più recenti evoluzioni dell'azione amministrativa, accelerate dalle crisi emergenziali e dalla gestione del PNRR, che impongono un ripensamento profondo dei paradigmi tradizionali del diritto amministrativo. L'amministrazione è così chiamata a essere riconosciuta quale soggetto istituzionale deputato al governo della complessità, assumendo decisioni capaci di incidere in modo diretto sui diritti e sugli interessi della collettività.

Il superamento di una concezione meramente formale della legalità non si traduce in un affievolimento delle garanzie, ma piuttosto nella loro rielaborazione in chiave sostanziale. Tale passaggio segna una trasformazione strutturale del modo di intendere la legalità amministrativa, non più circoscritta alla mera conformità procedurale, bensì orientata alla qualità sostanziale delle decisioni pubbliche. In questo contesto, appropriatezza, proporzionalità e ragionevolezza emergono come criteri ordinanti dell'azione amministrativa, operanti quali parametri di valutazione sia *ex ante* sia *ex post* dell'esercizio del potere, idonei a indirizzare la discrezionalità verso esiti coerenti con il disegno costituzionale.

La sfida consiste nel conciliare efficienza e garanzia, evitando tanto il rifugio nel formalismo quanto l'abbandono a una discrezionalità priva di adeguati contrappesi. In tale equilibrio instabile si gioca la legittimazione democratica dell'azione amministrativa e la possibilità di delineare un modello di amministrazione dell'appropriatezza responsabile.

L'analisi svolta consente di mettere in luce come le trasformazioni più recenti dell'azione amministrativa – accelerate dalle crisi emergenziali e dall'attuazione del PNRR – impongano una revisione profonda dei tradizionali paradigmi del diritto amministrativo. L'amministrazione non può più essere intesa esclusivamente come apparato di mera esecuzione della legge, ma deve essere riconosciuta quale soggetto istituzionale chiamato a governare processi complessi, assumendo decisioni che incidono direttamente sulla conformazione degli interessi pubblici e privati.

In questa prospettiva, il progressivo superamento di una concezione esclusivamente formale della legalità non comporta un indebolimento

delle garanzie, bensì la loro rifondazione in senso sostanziale. Principi quali appropriatezza, proporzionalità e ragionevolezza si configurano come criteri ordinanti dell'azione amministrativa, capaci di integrare il dato normativo e di orientare la discrezionalità verso soluzioni coerenti con i valori costituzionali.

Tale evoluzione, tuttavia, non è esente da criticità. L'ampliamento degli spazi decisionali riconosciuti all'amministrazione, se non accompagnato da un rafforzamento adeguato dei meccanismi di responsabilità e di controllo, rischia di tradursi in una opacizzazione delle scelte pubbliche e in una compressione della tutela giurisdizionale effettiva, incidendo sulla capacità del sistema di garantire un controllo reale sulla razionalità e sulla proporzionalità delle decisioni amministrative. In questa direzione, il ridimensionamento degli strumenti di controllo concomitante e la crescente valorizzazione di logiche acceleratorie sollevano interrogativi significativi circa la sostenibilità, nel medio-lungo periodo, di un'amministrazione orientata prevalentemente al conseguimento del risultato immediato.

La sfida che si pone al diritto amministrativo contemporaneo è dunque quella di ricomporre il rapporto tra efficienza e garanzia, evitando sia il ritorno a modelli formalistici sia l'espansione incontrollata di una discrezionalità priva di adeguati contrappesi. Ciò impone una rinnovata attenzione al ruolo del giudice amministrativo, chiamato non a sostituirsi all'amministrazione, ma a presidiare la razionalità sostanziale delle decisioni, nonché alla funzione dei controlli esterni, da intendersi come strumenti di accompagnamento e di miglioramento dell'azione pubblica.

In conclusione, l'amministrazione dell'appropriatezza responsabile si configura come un modello in equilibrio instabile, costantemente attraversato dalla tensione tra esigenze di rapidità decisionale e salvaguardia delle garanzie sostanziali, nel quale il perseguimento del risultato deve essere costantemente misurato sulla capacità di assicurare diritti, trasparenza e accountability. Solo in tale prospettiva è possibile evitare che l'eccezione emergenziale si cristallizzi in regola e che la semplificazione procedimentale degeneri in una semplificazione delle garanzie, compromettendo la stessa legittimazione democratica dell'azione amministrativa.

TERZA SESSIONE / TERCERA SESIÓN

Autonomie: prospettive di riforme locali ed europee
Autonomías: perspectivas de reforma local y europea

Ricordo di amici e colleghi
Recuerdo de Amigos y Colegas: Antonio Carullo, Carla Barbati,
Claudio Franchini, Rafael Entrena Cuesta, Alejandro Nieto

Antonio Carullo, Claudio Franchini e Carla Barbati:
un ricordo

GIUSEPPE PIPERATA

1. Torino e la sua prestigiosa Università ospitano il Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di diritto amministrativo, oramai giunto alla sua XXIV^a edizione, grazie all'impegno di Gabriella Racca e Roberto Cavallo Perin che ne hanno promosso l'organizzazione e garantito l'ottima riuscita. È la prima volta nella sua ormai cinquantennale storia che l'Associazione celebra il suo evento più importante nella città sabauda. E lo fa organizzando un convegno che si caratterizza per la ricchezza e attualità dei temi congressuali e per la nutrita partecipazione di tanti giovani professori e ricercatori, alcuni alla prima esperienza in un contesto da sempre dedicato al confronto tra amministrativisti italiani e spagnoli. A loro mi rivolgo, in particolare, nel ricordare tre cari colleghi italiani, tre professori del diritto amministrativo, che purtroppo ci hanno lasciato nei mesi scorsi. Erano colleghi che durante il loro percorso accademico avevano in maniera più o meno intensa partecipato alla vita della nostra Associazione e coltivato rapporti di amicizia e di scambio scientifico anche con l'accademia spagnola: Carla Barbati, Claudio Franchini e Antonio Carullo.

2. Inizierò questo ricordo partendo proprio da quest'ultimo, perché tra i professori italiani era uno di quelli sempre presente ai congressi della nostra Associazione, sempre pronto con la sua simpatia e il suo entusiasmo a prendere parte agli eventi organizzati sia in Spagna che in Italia.

Antonio Carullo (6 luglio 1948) era un bolognese doc, ma la sua scuola accademica di riferimento è stata quella milanese – veneziana di Feliciano Benvenuti, il quale, passando da Bologna, aveva formato insieme a Gustavo Vignocchi tanti giovani amministrativisti nella Facoltà di Economia e com-

mercio. Giovanissimo ordinario a 32 anni, abilitato nel concorso nazionale del 1980 da una commissione composta anche da Fabio Alberto Roversi Monaco, Gianguido Sacchi Morsiani e Franco Gaetano Scoca. La sua carriera universitaria si sviluppa su due sedi accademiche, quella di Bologna e quella di Ferrara. A Bologna inizia come assistente ordinario negli anni '70 per poi ritornare nel 1984 dopo qualche anno passato a Ferrara come ordinario.

All'ordinariato Antonio Carullo era arrivato grazie anche a due monografie¹ scritte a brevissima distanza, ma indubbiamente ricche di spunti originali e frutto di ricerche che erano state coltivate per anni. Quella sulla prassi amministrativa, in particolare, è stato per molti anni l'unico contributo scientifico italiano dedicato ad un tema sfuggente e sempre evitato dagli amministrativisti, anche se rilevante nella quotidiana azione delle pubbliche amministrazioni; quella sulla revocazione affrontava temi che l'Autore conosceva e dominava anche nella sua veste di avvocato amministrativista. Antonio, infatti, è stato uno dei più noti e importanti avvocati amministrativisti italiani, legale per amministrazioni pubbliche e imprese private di primario rilievo nazionale e internazionale. Ciò, in ogni caso, non gli ha impedito di dedicare le sue migliori energie all'Università, in particolare per quella di Bologna, nella quale è stato anche Direttore del dipartimento di discipline giuridiche dell'economia per oltre 10 anni.

Sarà stata sicuramente questa sua permanenza per alcuni anni in facoltà e dipartimenti di economia a spingere Antonio Carullo a dedicare i suoi interessi scientifici ai temi del diritto pubblico dell'economia. Ha coltivato, anticipando i tempi, i temi delle imprese e delle società a partecipazione pubblica², ha scritto un manuale proprio dedicato al diritto pubblico dell'economia³, ha curato uno dei più riusciti commentari sul diritto dei contratti pubblici⁴. Ha fondato e diretto per tantissimi anni la *Rivista Trimestrale degli Appalti*, indubbio riferimento per studiosi, amministrazioni pubbliche e imprese private per districarsi nel complicato settore dei contratti pubblici.

Antonio si sentiva profondamente legato all'Associazione e ai colleghi spagnoli. Andava fiero di un invito che aveva ricevuto nel 1989 di

¹ A. CARULLO, *La revocazione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1978; Id., *La prassi amministrativa*, Padova, Cedam, 1979.

² Cfr. *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, a cura di G. ALPA, A. CARULLO, A. CLARIZIA, Milano, Il Sole-24 Ore, 1998.

³ Cfr. A. CARULLO, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2005.

⁴ Cfr., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di A. CARULLO, G. IUDICA, Padova, Cedam, 2022.

tenere all'Universidad Complutense de Madrid un ciclo di lezioni proprio sul diritto pubblico dell'economia con riferimento alle peculiarità dell'ordinamento italiano. E poi ricordava sempre che aveva tenuto la sua prima relazione al Congresso di Lanzarote nel 1979. Poi sono seguite altre relazioni, al Congresso di Sevilla-Cordoba nel 2004⁵ e a quello di Zaragoza nel 2008⁶, la presidenza al Congresso di Alicante e Benidorm nel 2016 e, infine, in viaggio fatto insieme per partecipare all'ultimo Congresso di Santiago de Compostela nel 2022.

A me, ma anche a molti di noi oggi qui presenti, mancherà molto il suo tratto umano, la sua simpatia, la sua energia positiva.

3. L'anno scorso ci ha lasciato anche Claudio Franchini (9 luglio 1955), allievo di Massimo Severo Giannini e di Sabino Cassese, ricercatore e professore in diverse sedi universitarie italiane: Roma La Sapienza, Urbino, Firenze, Roma Tor Vergata.

Claudio, come ha scritto Aldo Sandulli, ha sempre avuto un approccio dissacrante alla vita accademica e una visione manageriale e pragmatica della politica universitaria⁷. Del resto, anche lui, durante la sua carriera, è stato Preside di facoltà, Direttore di dipartimento e Prorettore. Anche lui (come Antonio Carullo) ha presieduto la Commissione incaricata per l'Abilitazione Scientifica Nazionale per il settore del diritto amministrativo, in una delle ultime tornate convocate con le regole della l. n. 240/2010.

Ma Claudio è stato soprattutto un eccellente studioso del diritto amministrativo, sensibile ai processi del riformismo amministrativo⁸, anticipatore di temi che, oggi, appartengono a pieno titolo al nostro sapere scientifico, ma che in passato rappresentavano fenomeni di frontiera. Sempre attento alle esperienze straniere e aperto al metodo comparato, è stato uno dei primi a segnalare la collocazione nel sistema amministrativo italiano delle autorità indipendenti, provando a tratteggiarne i caratteri distintivi e

⁵ A CARULLO, *Nuovi competitori e accesso al mercato dei servizi pubblici locali dell'energia* (XV Congresso italo-espanol de profesores de derecho administrativo «El derecho de la energía». Sevilla-Cordoba. 20-22 maggio 2004), in *Riv. trim. app.*, 2004, vol. 4, 895 ss.

⁶ A. CARULLO, *La gestione reddituale del demanio idrico regionale in finanza di progetto*, in AA.VV., *Agua, territorio, cambio climatico y derecho administrativo. XVII Congreso italo-espanol de profesores de derecho administrativo* (Zaragoza, 23-25 ottobre 2008), *Revista aragonesa de administración pública*, 2009, 201 ss.

⁷ A. SANDULLI, *Claudio Franchini: l'uomo e le opere*, in *www.giustamm.it*.

⁸ Tra i tanti lavori dedicati alle riforme, cfr. *Tendenze recenti della riforma amministrativa in Europa*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Bologna, Il Mulino, 1989.

a fornire le chiavi interpretative utili a ritenerle del tutto compatibili con l'assetto dato dalla nostra Costituzione ai pubblici poteri⁹. Ma per tutti noi continuerà ad essere un maestro indiscusso per i numerosi studi che ha dedicato al diritto amministrativo europeo. Alcune sue opere sono state pioneristiche, in quanto dedicate ai rapporti tra l'amministrazione nazionale e quella comunitaria, ai processi di integrazione tra i due ordinamenti e ai cambiamenti determinati nell'ordinamento italiano proprio dall'influenza del diritto delle comunità europee sul diritto amministrativo nazionale¹⁰.

Gli studi di Claudio sul diritto amministrativo europeo e sui processi di integrazione sono proseguiti anche negli anni successivi, con il coinvolgimento di altri studiosi italiani e stranieri¹¹. Ma Claudio ha saputo coltivare anche altri temi di ricerca, persino nell'ultimo periodo della sua vita, durante il quale ha saputo riportare l'attenzione della dottrina italiana su alcuni argomenti di grande attualità, in particolare sul ruolo del diritto amministrativo per il contrasto ai fenomeni della povertà e del bisogno. Ciò rappresenta un ultimo impegno scientifico alla ricerca di una via giuridica efficace per garantire una protezione sociale minima a tutti coloro che ne hanno bisogno nel rispetto di quei principi di solidarietà imposti dalla nostra Costituzione; un ultimo esempio della sua profonda umanità che sapeva esprimere anche nel suo magistero scientifico¹².

4. E arriviamo all'ultimo ricordo, per me quello più doloroso, il ricordo di Carla Barbati (5.11.1957).

Carla è stata una delle persone a me più vicine, un punto di riferimento costante nel mio percorso accademico. Entrambi allievi di Marco Cammelli, l'ho sempre considerata una sorella maggiore: una guida scientifica sicura e un'amica carissima.

Anche Carla era socia della nostra Associazione. Ricordo una sua interessante relazione al Congresso di Genova del 2006 sull'esternalizzazio-

⁹ C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.

¹⁰ Il riferimento è a C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Padova, Cedam, 1993.

¹¹ Cfr. tra i tanti lavori con E. CHITI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003; con G. DELLA CANANEA, *I principi dell'amministrazione europea*³, Torino, Giappichelli, 2017.

¹² Cfr. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

ne nel settore dei beni culturali (argomento di grande attualità), nel quale dava conto delle dinamiche applicative sperimentate nei primi anni di vita del Codice Urbani sul patrimonio culturale¹³. Al Congresso di Messina del 2018, invece, la sua ultima partecipazione, intervenendo alla tavola rotonda di chiusura insieme a Tomàs Font, a Santiago Muñoz Machado e a Luciano Vandelli, per un confronto sulle prospettive future del diritto delle autonomie e del diritto amministrativo in generale.

Ci sono almeno due profili della figura di Carla che meritano di essere richiamati in questa sede: quello riguardante il suo multiforme e intenso itinerario di vita professionale e quello attinente al prezioso insegnamento che può essere ricavato dal suo impegno scientifico e istituzionale.

Sul primo aspetto non mi dilungherò più di tanto. Ho avuto già modo di scriverne¹⁴. Ricordo, però, ancora soltanto che Carla è stata tante cose nella sua vita. È stata, in primo luogo, una professoressa di diritto amministrativo dell'università, e così si è sentita fino all'ultimo dei suoi giorni. Del resto, l'accademia ha rappresentato il mondo in cui si è formata e poi realizzata e in cui ha saputo esprimere anche un ruolo istituzionale attraverso il suo impegno come vice presidente, prima, e presidente, dopo, del Consiglio Universitario Nazionale. Ha saputo, poi, esprimere ai massimi livelli il suo senso di appartenenza alla comunità degli amministratori italiani, ricoprendo per diversi anni la carica di presidente dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Negli ultimi anni, aveva accettato di "cambiare casacca" e di transitare dai ruoli dell'accademia a quelli del Consiglio di Stato: incarico prestigiosissimo, ma vissuto senza mai abbandonare il campo della ricerca e le occasioni di confronto scientifico nelle sedi accademiche nazionali e straniere. Possiamo dire che in questo suo modo di essere sentiamo Carla a noi molto vicina, poiché come ha scritto Marco Cammelli, lei «ha intensamente vissuto il mondo dell'università, della ricerca e delle istituzioni (cioè, il nostro mondo)»¹⁵.

E veniamo al suo lascito scientifico. Carla Barbati ha attraversato – studiandoli e innovandoli – molti campi del nostro sapere scientifico. Rivedendo la sua traiettoria di ricerca e rileggendo alcuni dei suoi princi-

¹³ Cfr. C. BARBATI, *Esternezzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili (dopo i decreti correttivi del codice Urbani)*, in *Le esternalizzazioni*, a cura di C. MIGNONE, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, Bologna. BUP, 2007, 205 ss.

¹⁴ G. PIPERATA, *Ciao, Carla*, in *Aedon*, nr. 2, 2023.

¹⁵ M. CAMMELLI, *Carla Barbati, giurista del suo tempo*, in *Aedon*, nr. 3, 2023.

pali contribuiti l'impressione che si ricava è quella secondo la quale Carla abbia preferito muoversi lungo tre sentieri, quello del profondo interesse per il diritto della cultura e del patrimonio culturale, quello dell'attenzione verso il riformismo amministrativo nella prospettiva della promozione dell'autonomia e del pluralismo, quello del riconoscimento della centralità della pubblica amministrazione nella società contemporanea.

L'incontro tra Carla Barbati e le questioni riguardanti il patrimonio culturale risale agli anni '90 dello scorso secolo, anni di grandi trasformazioni per il diritto amministrativo e per le istituzioni pubbliche, anni di riforme legislative e di incisivi processi di modernizzazione del sistema. È proprio in questo peculiare frangente storico che la sua attenzione si sofferma sul settore della cultura, in particolare sul mondo dello spettacolo, settore del quale inizia a studiare i peculiari caratteri, i ruoli affidati ai diversi attori pubblici, i confini e i rapporti tra il pubblico e il privato¹⁶. Le basta poco per capire che lo spettacolo è l'ambito circoscritto di un contesto molto più ampio, contesto in grado di offrire un importante punto di osservazione per interrogarsi sulle principali fragilità del nostro sistema amministrativo, sulle occasioni mancate di cambiamento, sulle principali sfide da affrontare guardando al futuro. Dalla disciplina dello spettacolo al diritto del patrimonio e delle attività culturali il passo è brevissimo. *Aedon – Rivista di Arti e diritti on line*, rivista de Il Mulino, sarà per Carla lo spazio scientifico dentro il quale collocare i suoi studi dedicati al diritto e alle politiche culturali del Paese e dal quale fare partire altre iniziative accademiche ed editoriali¹⁷. E allo studio del patrimonio culturale è dedicato l'ultimo atto della sua vita, ennesimo gesto di generosità verso il suo mondo e la sua comunità: una fondazione a suo nome per la promozione dello studio del patrimonio culturale in tutte le sue manifestazioni materiali e immateriali, in una prospettiva interdisciplinare, attraverso il sostegno a giovani ricercatori¹⁸.

Allo studio del diritto del patrimonio culturale, però, Carla era arrivata anche attraverso il suo interesse verso quelle che secondo lei erano le chiavi principali di lettura del fenomeno amministrativo: il pluralismo e l'autonomia, elementi intorno ai quali costruire il sistema amministrati-

¹⁶ Cfr. C. BARBATI, *Istituzioni e spettacolo. Pubblico e privato nelle prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1996.

¹⁷ Cfr. C. BARBATI, CM. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Il diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2025.

¹⁸ <https://fondazionecarlabarbaty.it/>.

vo secondo l'attuale prospettiva democratica di matrice costituzionale. Il settore della cultura aveva permesso a Carla di approfondire le molteplici dinamiche del rapporto tra centro e periferia, dinamiche che già avevano attirato la sua attenzione a proposito dei poteri sostitutivi in caso di inerzia amministrativa, oggetto di uno dei primissimi suoi lavori monografici¹⁹. E all'autonomia Carla Barbatì ritorna anche nell'ultimo lavoro monografico, dedicato proprio all'autonomia universitaria²⁰. Da profonda conoscitrice di questo contesto istituzionale, ha saputo descrivere tutti i meccanismi che governano il sistema, mettendo in evidenza le criticità e denunciano le fragilità di un modello di governo destinato a rimanere bloccato all'interno di un cortocircuito dovuto ad un centro ministeriale non all'altezza del suo ruolo e a periferie accademiche prive del coraggio necessario ad avventurarsi lungo i sentieri dell'autonomia.

La cultura e l'università sono stati i due settori di intervento dei pubblici poteri ai quali Carla Barbatì ha dedicato prioritariamente le sue energie di studiosa (e non solo). Attraversando questi ambiti di regolazione del diritto amministrativo ha dovuto prendere atto di una quotidianità istituzionale e burocratica molto distante dai principi e dai modelli ai quali la Costituzione ha affidato il nostro sistema di azione dei pubblici poteri. Ma la disillusione sicuramente provata non ha fatto mai perdere a Carla Barbatì una profonda fiducia nelle istituzioni, una convinta consapevolezza della centralità che la pubblica amministrazione continua ad avere nelle nostre società. In uno dei suoi ultimi lavori, ragionando sulle tante crisi che stanno interessando il nostro presente, da quelle economiche a quelle sanitarie (e oggi anche a quelle belliche), Carla sottolinea come sia ancora essenziale riconoscere una posizione di centralità al settore pubblico come presupposto per affrontare le più importanti sfide del nostro tempo²¹. Ovviamente, ciò richiede un'amministrazione pubblica all'altezza dei compiti da assumere, pertanto, capace, competente, attrezzata. Ecco, allora, che si impone un cambiamento che punti a rafforzare le competenze e i saperi amministrativi, a promuovere processi di formazione del personale, a consolidare e rendere più efficienti le azioni e i procedimenti, insomma un processo di *administrative capacity building*

¹⁹ Cfr. C. BARBATI, *Inerzia e pluralismo amministrativo. Caratteri, sanzioni, rimedi*, Milano, Giuffrè, 1992.

²⁰ Cfr. C. BARBATI, *Il sistema delle autonomie universitarie*, Torino, Giappichelli, 2019.

²¹ Cfr. C. BARBATI, *La decisione pubblica al cospetto della complessità: il cambiamento necessario*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 15 ss.

in grado di trasformare le attuali strutture amministrative e fugare tutti i timori verso un'innovazione oramai necessaria.

Carla, come Claudio e Antonio, hanno sempre guardato a quei campi di azione delle pubbliche amministrazioni in cui erano presenti trasformazioni e innovazioni e hanno registrato il cambiamento in atto, provando soprattutto ad individuare le nuove rotte verso le quali conseguentemente il diritto amministrativo si sta dirigendo. Hanno lasciato riflessioni, chiavi di lettura, idee, indicazioni oggi preziose perché ci aiutano a ridisegnare le mappe e a ricostruire le coordinate del nostro sapere scientifico e della nostra scienza giuridica. Di tutto ciò dobbiamo essergli grati.

Nos dejaron poco antes del congreso de Torino: Alejandro Nieto y Rafael Entrena

JOSÉ ESTEVE PARDO

En el curso académico 2023-2024 nos dejaron dos relevantes profesores de Derecho Administrativo: Alejandro Nieto García (1930-2023) y Rafael Entrena Cuesta (1932-2024). Alejandro Nieto nació en Tariego de Cerrato, en la provincia de Palencia y estudió Derecho en la Universidad de Valladolid. Rafael Entrena nació en Granada y se licenció en Derecho en la Universidad que lleva el nombre de esa ciudad.

Los dos nacieron poco antes de que estallará la Guerra Civil española y su juventud transcurrió en el periodo de postguerra aunque no les afectó tanto como al grupo anterior de administrativistas entre los que destacan sobre todo Eduardo García de Enterría, José Luis Villar Palasí y Fernando Garrido Falla, nacidos en los años veinte, que no pudieron ampliar sus estudios en el extranjero como había sido habitual en la élite universitaria española que contó con el apoyo financiero de la Junta de Ampliación de Estudios, que fue disuelta en el año 1939. Tampoco estaba la cosa, en aquellos años de penuria, para estudiar en una Europa en plena guerra y luego devastada por ella.

Pero pocos años más tarde, Rafael Entrena y Alejandro Nieto pueden salir ya para completar su formación en universidades extranjeras. Rafael Entrena, colegial del Colegio de San Clemente, se doctora en la Universidad de Bolonia. Alejandro Nieto tuvo como profesor en Valladolid a García de Enterría que le dirigió su tesis doctoral sobre “Hierbas, pastos y rastrojeras” (utilizando materiales de los que Nieto pudo disponer cuando fue, por poco tiempo, funcionario del Ministerio de Agricultura) que sería la base de su importante libro *Los bienes comunales*. Tras doctorarse realiza una larga estancia en la Universidad de Göttingen bajo la tutela del profesor Arnold Kottgen. De esa época es otro libro suyo, de gran interés, *El mito de la Administración prusiana*.

Los dos obtuvieron su primera cátedra en la Universidad de la Laguna. De ella pasó Entrena, al poco tiempo, a la Universidad de Barcelona. Nieto permaneció más tiempo en Canarias aportando trabajos importantes sobre sus peculiaridades, sobre todo el trabajo dedicado al régimen especial de las aguas en las Islas Canarias. De la Universidad de la Laguna, Nieto pasaría a ocupar la cátedra de la Universidad Autónoma

de Barcelona, donde se vive con intensidad el final de la dictadura y la llegada de la democracia.

Algo que no se atestigua en las publicaciones y de lo que solo pueden dar testimonio quienes fueron, fuimos, estudiantes suyos: Rafael Entrena era un magnífico docente, de los que se recuerdan. En aquellos años de masificación universitaria nos sacaba del anonimato al conocernos, llamándonos por nuestros nombres y preguntando en clase... Nos transmitía también sus experiencias como abogado administrativista, tarea a la que se dedicaba desde que se instalara en Barcelona. Alejandro Nieto también tuvo una relación muy estrecha con los estudiantes y el convulso mundo universitario que le tocó vivir y de donde sale su libro *La tribu universitaria*.

En plena madurez les cogió la transición política y la aprobación de la Constitución de 1978. Aunque venían de otra época y otro entorno del Derecho administrativo, no se quedaron ahí, ni se refugiaron en los viejos tiempos. Con renovada juventud acometieron el estudio de la nueva Constitución y su desarrollo. Rafael Entrena participa junto a Fernando Garrido Falla, otro relevante administrativista granadino, en un importante comentario a la Constitución, mientras que Alejandro Nieto le dedica también numerosos trabajos. Tal vez puede destacarse el que trata sobre el encuadre constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, utilizada también como instrumento de control político en la época de la dictadura. Se *Derecho Administrativo Sancionador* conocerá varias ediciones y queda como una obra de referencia en la materia.

En la última etapa de su vida académica, en el presente siglo, Alejandro Nieto se volcará en el estudio de la formación del Estado y del Derecho Administrativo a lo largo del siglo XIX. Comenzando por el libro *Los primeros pasos del Estado liberal*. La regencia de María Cristina, hasta llegar a su libro sobre la Primera República, pasando por otros libros como el dedicado a Mendizábal y el progresismo liberal, o el dedicado a los casos de corrupción que se producen por entonces y que recoge en el libro *La responsabilidad ministerial en la España isabelina*. Sobre esta encomiable obra y actividad de Nieto, me permito la remisión a mi trabajo: “Crónica de la historia administrativa y parlamentaria del XIX: la obra, guía y compañía de Alejandro Nieto, 1996-2022” en la *Revista de Administración Pública* n. 219, 2022.

PRESIEDE/PRESIDE

MARIA IMMORDINO

Iniziamo i lavori di questa III Sessione del XXIV Convegno Italo Spagnolo, dopo il ricordo, accanto a quelli spagnoli, di alcuni colleghi e amici italiani, prematuramente scomparsi. Un momento per me di grande commozione. A questi colleghi sono stata infatti legata negli anni da grande e fraterna amicizia. Antonio Carullo, di cui ricordo il garbo e la gentilezza, a volte mista ad una sottile ironia; Claudio Franchini, dal sorriso sempre mite e paziente, anche quando aveva capito che la malattia non gli avrebbe lasciato scampo; Carla Barbati, alla quale abbiamo dedicato con Alfredo Contieri, il volume sulla Disciplina giuridica dello spettacolo, materia la cui evoluzione, legislativa, giurisprudenziale, oltre che teorica, è debitrice agli studi di Carla. Un volume, il nostro, che Carla avrebbe dovuto presentare, come le ricordavo sempre nei momenti bui della sua malattia, ma purtroppo non c'è riuscita.

Il nostro amico Piperata ha ricordato Luciano Vandelli, a cui è intitolata la *“Sezione Italiana della Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli – Luciano Vandelli”*, motore instancabile dell'Associazione Italo-Spagnola, che ha cementato un rapporto antico, proficuo ed affettuoso con i colleghi spagnoli oggi presenti, numerosissimi, in questa splendida e storica Aula Magna della Cavallerizza Reale.

Le giornate di studio, e in particolare quella di ieri, hanno visto la partecipazione di molti giovani. Un fatto molto è importante, perché è segno dell'apertura, della condivisione dell'Associazione, presieduta dal prof. Fabio Roversi Monaco, nei confronti dei giovani.

Che dire dei nostri Gabriella Racca e Roberto Cavallo Perin? Ci hanno accolto con affetto, la loro ospitalità è calorosa, eccellente, hanno curato queste giornate nei minimi particolari, con grande professionalità, acume, arricchite da un notevole spessore culturale, non posso, quindi, che ringraziarli di cuore, anche per avermi offerto la possibilità di presiedere questa sessione dedicata alle Autonomie locali nel prisma delle riforme nazionali ed europee.

La sessione, quindi, ci offrirà una panoramica, emerge già dai titoli delle relazioni, delle autonomie locali in Spagna e in Italia. Una analisi, ci attendiamo, dalla quale emergeranno i molti punti di convergenza tra i due sistemi, nonostante le diversità tra i due ordinamenti. Difformità

che saranno sicuramente messe in evidenza dai colleghi che seguiranno, spagnoli ed italiani, secondo la felice formula adottata dagli organizzatori del convegno, della doppia presidenza di ogni sessione, con relatori di entrambi i paesi.

Il sistema italiano, lo sappiamo tutti benissimo, è debitore a quello spagnolo sotto molteplici profili. Sicuramente il legislatore italiano ha guardato, prendendolo a modello, al sistema spagnolo, ma da una comparazione tra i due sistemi, emergono con chiarezza non solo le convergenze, ma pure moltissime differenze. La comparazione, comunque, tra i due ordinamenti è molto importante ed è interessante e ci aiuterà, ne sono certa, a comprendere meglio la traiettoria delle autonomie locali in Italia, una traiettoria che evidenzia a ben vedere un bilancio non completamente positivo. Soprattutto, ne abbiamo parlato tante volte, se oltre alle autonomie locali, guardiamo all'esperienza delle regioni ordinarie e a quella delle regioni a statuto speciale.

Un giudizio quindi che presenta luci ed ombre e non è positivo come quello che Galán Galán, di cui oggi ascolteremo la relazione, qualche anno fa dava invece dell'esperienza spagnola.

Io non posso che procedere per flash, perché il tempo è tiranno e abbiamo già superato i tempi prefissati.

Entrambi i Paesi hanno un punto in comune, hanno cioè ratificato la Carta europea delle autonomie locali del 1985, un documento che costituisce, è stato già condivisibilmente detto da chi mi ha preceduto, la pietra angolare dell'edificio democratico, sancendo il ruolo delle comunità locali, quale primo livello in cui si esercita la democrazia. In quest'ottica, la Carta prescrive che il principio autonomistico deve essere inserito nella legislazione o nelle costituzioni degli stati membri. Ma noi sappiamo che la nostra Costituzione, che risale a parecchi anni precedenti al 1985, già all'articolo 5 statuisce che "la Repubblica riconosce" – come già preesistenti allo Stato – "e promuove le autonomie locali", nel prisma "dell'unità e indivisibilità della Repubblica".

Principi che connotano in termini diversi la questione autonomistica italiana sotto il profilo concettuale rispetto al sistema spagnolo. Mentre in Italia si può parlare di un blocco unitario, in cui si collocano le differenti problematiche che riguardano le regioni, le province, le città metropolitane, in Spagna diversamente, mi è sembrato di capire da tutte le letture che ho fatto, ma sto assemblando e sintetizzando, che il sistema si divarica in due: da un lato, le regioni e i nazionalismi periferici; dall'altro, gli enti locali minori.

Da qui una configurazione sotto alcuni profili diversa dei due sistemi,

anche se, come dicevo prima, l'Italia guarda sempre a quello spagnolo. Non ci dimentichiamo che quando è stato approvato il nuovo titolo quinto della Costituzione, l'articolo 116, terzo comma, che prevede il regionalismo differenziato, molti studiosi hanno pensato e hanno guardato al modello della differenziazione spagnola, ma sappiamo bene che il modello italiano è completamente diverso da quello spagnolo.

Con i colleghi italiani, Mauro Renna, Emanuele Boscolo, Fulvio Cortese, abbiamo concordato di cambiare l'ordine di presentazione delle relazioni, fermo restando naturalmente quello dei colleghi spagnoli.

Perché? Perché l'argomento oggetto della relazione di Mauro Renna è di carattere generale, quindi non può che essere il primo rispetto alle altre relazioni. Infatti, Mauro nella sua relazione tratterà le autonomie nell'ambito della Carta Europea delle autonomie locali e nella Costituzione italiana, dalla quale emerge la centralità, nell'assetto del nostro ordinamento, dell'ente locale, nell'accezione nobile di "ente comunitario". Indicazioni al riguardo emergono soprattutto dagli artt. 2 e 5, oltre, è appena il caso di sottolineare, dal novellato Titolo V della parte II e soprattutto dai nuovi artt. 114 e 118, primo comma.

Entrambi gli artt. 2 e 5 si collocano tra i principi fondamentali e questo collegamento tra i due articoli, tra principio personalista, nella sua accezione solidaristica e principio autonomistico, costituisce il risvolto istituzionale della scelta del costituente.

Seguirà, dopo il collega Galán Galán, Emanuele Boscolo che parlerà delle aree metropolitane a dieci anni dalla istituzione con la legge Del Rio, la n. 56 del 2024. È il momento del primo bilancio, di una legge che, nell'ottica tracciata dal nuovo art. 114 Cost., ha avuto il pregio di archiviare quel principio dell'uniformismo istituzionale, affermatosi al momento dell'unificazione, finalizzato a eliminare qualunque differenza tra piccolissimi comuni e grandi città, territori rurali e agglomerati urbani, tutti ricondotti allo schema comune-provincia. Oltre ai pregi, la legge presenta numerosi limiti, non essendo riuscito il tentativo di attribuire alle aree metropolitane una struttura organizzativa e funzioni diverse da quelle delle province. Il disegno sarebbe riuscito se le province fossero state depotenziate, ed infatti la legge Del Rio era stata pensata in vista di una decostituzionalizzazione delle province, fallita dopo il referendum popolare del 2016. Di tutto questo, delle prospettive future delle aree metropolitane, anche nel contesto della Carta europea delle autonomie locali e delle sentenze della Corte costituzionale, ci parlerà in maniera più approfondita, come ho detto prima, il collega Boscolo.

La sessione, per la parte italiana, dopo il collega spagnolo, sarà chiusa da Fulvio Cortese, il quale nella sua relazione risponderà ad un interrogativo, non certo banale: Che cosa succede in città? Il che significa osservare come oggi si sono sviluppate le città, guardando oltre alle tradizionali funzioni. Nell'ambito del diritto amministrativo speciale si parla anche di "un diritto delle città".

Nel panorama giuridico italiano sono emersi negli ultimi anni alcuni fenomeni giuridici e fattuali. Sussidiarietà orizzontale, cittadinanza attiva, beni comuni urbani, verde pubblico, smart city, locazioni brevi per finalità turistiche, comunità energetiche. Un semplice elenco delle tematiche, o meglio degli interrogativi, che affiorano quando si parla di "città".

Tra questi temi, consentitemi un brevissimo cenno alle comunità energetiche rinnovabili, le quali rappresentano un passo decisivo verso una transizione energetica in una prospettiva di ecologia integrale, che abbraccia la tutela dell'ambiente, la giustizia nei rapporti economici e sociali, la cura della persona umana e delle comunità all'interno della città o, meglio, delle città. Che il tema sia di interesse generale, lo conferma la presa di posizione della CEI, che, con il Cardinale Zuppi, ha invitato le comunità cristiane ad essere "energetiche", ad amministrare, cioè, in maniera responsabile i beni del Creato, così da favorire uno sviluppo più sostenibile e un uso più solidale delle risorse ambientali.

È chiaro, però, che un filo rosso collega le tre relazioni, poiché tutte trovano nella Carta Europea un punto essenziale di riferimento.

Il tempo stringe, mi sembra opportuno dare inizio ai lavori, cedendo la parola al collega Prof. Leopoldo Tolivar Alas, che presiede questa sessione per la parte spagnola.

Grazie.

RELAZIONI / PONENCIAS

Nuove geografie amministrative: le città metropolitane dopo dieci anni dall'istituzione

EMANUELE BOSCOLO

SOMMARIO: 1. Un decennio dalla legge Del Rio: rottura dell'uniformismo e questioni aperte. 2. Il lungo percorso verso la città metropolitana. 3. La legge (*ante* e *post* fallimento della riforma costituzionale). 4. Il disegno organizzativo e gli interventi della Corte costituzionale. 5. Finalità generali e funzioni: il ruolo della Città metropolitana quale ente a competenze definite, orientate allo sviluppo. 6. Il Piano strategico e le forme di esercizio delle funzioni. 7. I piani territoriali metropolitani: strumenti adattivi e laboratori di sperimentazioni perequativo-concertative.

1. *Un decennio dalla legge Del Rio: rottura dell'uniformismo e questioni aperte*

Il decennio trascorso dall'istituzione delle città metropolitane con la legge 7 aprile 2014, n. 56¹, consente di stilare un primo bilancio dell'unica riforma che ha inciso sull'articolazione dei poteri locali nell'ordinamento italiano². Entro il quadro tracciato dall'art. 114 Cost., teso a garantire pari dignità istituzionale allo Stato e alle autonomie quali componenti coessenziali del mosaico pluralistico della Repubblica, la legge

¹ F. PIZZETTI, *La legge Del Rio: una grande riforma in un cantiere aperto. il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle province*, in *Rivista AIC*, 3/2015; Id., *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove province e unioni di comuni*, Milano, 2015; F. FABRIZZI, A. STERPA, *Città metropolitana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2017, 159; G. MOBILIO, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, 2017. G. SERGES, *Alla ricerca di una definizione giuridica di Città metropolitana. Dalla metropolitan culture dei primi del '900 alla Riforma Delrio*, in *www.Federalismi.it*, 1, 2014; A. BRANCASI, P. CARETTI, *Il sistema dell'autonomia locale tra esigenze di riforma e spinte conservatrici: il caso della Città metropolitana*, in *Le Regioni*, 4, 2010, 729; G. VESPERINI, *La legge "Delrio": il riordino del governo locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 786.

² Per delle puntuali notazioni derivanti dalla comparazione dei percorsi con l'ordinamenti spagnolo: *Province e territorio. Riforme amministrative e pianificazione di area vasta in Italia e Spagna*, a cura di O. NEL-LO, G. Trupiano, Napoli, 2013.

‘Del Rio’ (dal nome del Ministro proponente) ha avuto il merito di superare il canone dell’uniformismo istituzionale, in forza del quale, sin dalla fase di unificazione amministrativa del Regno, comuni ‘polvere’ e grandi città, territori rurali e agglomerati urbani, sono stati ricondotti al medesimo schema binario comune-provincia, mediante una operazione volta a scolorare le differenze. Il riconoscimento delle specificità forti dei quadranti metropolitani ha indotto a prefigurare, con decenni di ritardo, una figura finalmente ritagliata secondo un criterio di adeguatezza rispetto alla complessità un novero di sistemi territoriali-funzionali connotati da proprietà emergenti distintive, tali da segnare una distanza e da giustificare un diverso inquadramento categoriale rispetto ad altre realtà di area vasta, pertinentemente collocate entro circoscrizioni provinciali. Da ciò l’esigenza dell’attribuzione a un ente di nuovo conio di un’architettura organizzativa e di funzioni strutturalmente diverse da quelle, principalmente di coordinamento, attribuite alle province³.

La legge 56/2014 presenta – come vedremo – una serie di limiti⁴, taluni dei quali conseguenti alla circostanza che l’architettura istituzionale disegnata presupponeva un incipiente depotenziamento (una ‘decostituzionalizzazione’) delle province (“*enti pallidi... a destino differito*”⁵) quale corollario di una complessiva riforma del Titolo V della Costituzione (A.S. 1429 – A.C. 2613, a cui si fa espresso riferimento nella legge⁶). La legge ‘Del Rio’ (del ‘prima’) era dunque pensata come un ‘ponte’ in vista di un diverso assetto costituzionale⁷. Fallita – come ampiamente noto – in

³ A. VIGNERI, *Le città metropolitane*, in *Il protagonismo delle città*, a cura di M. Doria, F. Pizzolato, A. Vigneri, Bologna, 2024, 95.

⁴ Sui limiti della figura istituzionale della città metropolitana, per come disegnata dalla l. 56/2014, *ex multis*, L. VANDELLI, *Città metropolitane*, in *Enc. dir., Ann.*, IX, Milano, 2016, 81; F. PIZZETTI, *La riforma degli enti territoriali. Città metropolitane, nuove provincie e unioni di comuni*, Milano, 2015, 85; G. PIPERATA, *La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale*, in *Ist. fed.*, 2019, 135.

⁵ F. PIZZETTI, *La legge Del Rio: una grande riforma in un cantiere aperto. il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle province*, cit., 9 – 10.

⁶ L'art. 1, V comma, della l.r. 56/2014 dà il senso della interinalità dell’assetto disegnato dalla legge, nelle more della preconizzata riforma costituzionale: “*In attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione, le città metropolitane di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria sono disciplinate dalla presente legge, ai sensi e nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 114 e 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione e ferma restando la competenza regionale ai sensi del predetto articolo 117*”.

⁷ La Relazione di accompagnamento al disegno di legge (della futura legge 56/2014) presentato alla Camera dei deputati il 20 agosto 2013 era molto netto nel collocare la

seguito all'esito del referendum popolare l'iniziativa riformatrice, la legge 56/2014 (del 'presente') va ricontestualizzata entro un quadro di governo dell'area vasta in cui le province, pur indebolite (sul piano del personale, delle risorse, etc.), persistono.

La legge 'Del Rio', senza un particolare approfondimento, definisce province e città metropolitane enti "*di area vasta*", tra i quali si riparte lo spazio funzionale intermedio (estremamente differenziato⁸) tra il comune e la regione. È certamente utile porre in risalto le differenze rispetto all'ordinamento della provincia (ad esempio, in relazione alla diversa modalità di elezione del sindaco metropolitano e del presidente della provincia: *infra*)⁹. Per ritracciare la *ratio* che sta alla base dell'istituzione di un nuovo ente, è tuttavia imprescindibile mettere preliminarmente a fuoco quale sia il significato pregnante da ascrivere al sintagma dimensione metropolitana, onde identificare il fattore sostantivo, legato all'assetto del territorio e alle dinamiche i correlativi funzionamenti, che connota taluni particolari sistemi insediativi e socio-economici ad elevata densità di interrelazioni e interdipendenze interne.

La legge 'Del Rio' non definisce la condizione metropolitana. Del resto, sarebbe stato difficile indicare un denominatore comune rispetto a realtà che mantengono profonde differenze, come era già evidente

proposta entro un quadro costituzionale in divenire: il disegno istituzionale prefigurato per gli enti di area vasta – secondo quanto emerge dalla Relazione – avrebbe dovuto «anticipa[re] la visione di un ordinamento pluralistico caratterizzato da ambiti territoriali direttamente e immediatamente rappresentativi delle proprie comunità (i comuni e le regioni) e da enti a carattere associativo (come le unioni di comuni) o da enti i cui organi sono volutamente composti di sindaci e presidenti di unione (com'è per le città metropolitane). Enti tutti che hanno la funzione non di rappresentare direttamente le rispettive comunità, ma di facilitare e rendere coerente e razionale l'azione degli enti territoriali di primo livello, i comuni compresi nel loro territorio».

⁸ R. MASCARUCCI, *Città medie e metropoli regionali*, Roma, 2020.

⁹ È stato giustamente osservato, nel porre l'accento sulle profonde differenze che la l. 56/2014 ha segnato tra la provincia e la città metropolitana che, questo non può essere considerata "un mero surrogato dell'ente provinciale" e, ancora, "l'istituzione potrà dimostrare di non essere una "copia" della Provincia o semplicemente un "più grande" se saprà sfruttare al massimo gli spazi che la legge istitutiva mette a sua disposizione al fine di adeguare territorio, organizzazione e funzionamento a quelle che sono le caratteristiche, le esigenze e le vocazioni delle aree di riferimento": G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, in Urban@it, Working papers, Città metropolitane e nuovi enti di area vasta: un primo bilancio, 2018; G. PIPERATA, *La Città metropolitana: definizione, istituzione e disciplina di riferimento di un nuovo potere locale* (Commento ai commi 2, 5, 6, 12, 14, 15, 16, 18, dell'art. 1, l. 7 aprile 2014, n. 56), in *Il nuovo governo dell'area vasta*, a cura di A. STERPA, Napoli, 2014, 52.

anche dai primi osservatori: “*troppi sono i fattori della natura più diversa, economici, sociologici, urbanistici, giuridico-amministrativi, culturali... perché sia possibile sintetizzarli tutti in una formula concisa ed esauriente, in grado di essere applicata con successo ad ogni esempio concreto*”¹⁰. Eppure resta ineludibile, visto che una differenza rispetto alle province va sicuramente identificata, porre attenzione ai particolari esiti di processi che hanno determinato concentrazioni di sviluppo socio-economico, di reti della mobilità, di articolazione distributiva dei servizi, di densità insediativa, etc., che hanno posto le condizioni per il consolidamento di continuità e conurbazioni in cui coesistono eccellenze, opportunità, erogazioni capacizzazionali, ma anche aree deboli, diseguaglianze e sacche di esclusione¹¹. Processi che hanno portato alla redistribuzione di funzioni (abitative, produttive, prestazionali, etc.) entro quadranti che non sono soltanto sommatorie di comuni ma si presentano come sistemi fortemente integrati e compatti, da osservare unitariamente, evitando peraltro la riproposizione di letture inclini a cogliere solamente un movimento centripeta di gravitazione verso la città centrale¹², a fronte di dinamiche territoriali decisamente più complesse, entro cui, accanto alle saldature e alle densificazioni effetto dello *sprawl*, si affacciano esempi di geografie non convenzionali e di aree funzionali che travalicano anche i confini di talune tra le città metropolitane stesse e le connettono per dare corpo a sistemi a complessità esponenziale di matrice postmetropolitana¹³.

¹⁰ A. AQUARONE, *Grandi città e aree metropolitane in Italia. Problemi amministrativi e prospettive di riforma*, Bologna, 1961, 75; ampi spunti comparativi in L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Bari, 2002, in part., 111 e segg.

¹¹ A. S. PURCARO, *Introduzione*, in *What next? Le Città metropolitane a 10 anni dalla loro istituzione*, a cura di A. S. PURCARO, Bari, 2024, 9.

¹² A. ANDREOTTI, *Governare la città metropolitana: creare connessioni tra attori e territori*, in *What next?*, cit., 179 denuncia che “anche la letteratura accademica sulla governance metropolitana mostra un bias in favore della città principale e del suo ruolo di guida in termini di governance e leadership”.

¹³ Il geografo statunitense E.W. Soja ha teorizzato una “*peripheral urbanisation*” (Id., *Dopo la metropoli. Per una critica della geografia urbana e regionale*, Bologna, 2007) che, nelle parole degli urbanisti che più hanno studiato il fenomeno in atto contestualizzandolo nel nostro Paese, induce ad abbandonare le proposte ricostruttive tutte centrate sulla città e sulla sua capacità di attrazione, per “*formulare una nuova teoria urbano-regionale, capace di leggere l'erosione del rapporto tra urbano e non urbano, le nuove forme del sub urbano, lasciando definitivamente da parte, come chiave di lettura dei processi di produzione di territorio e di città, la relazione tra centro e periferia per dedicarsi piuttosto ad approfondire sempre più e sempre meglio le dinamiche intrinseche alla peripheral urbanisation*”: A. BALDUCCI, V. FEDELI, F. CURCI, *Italia post-metropoli?*, in *Oltre la metropoli. L'urbanizzazione regionale in*

Le nove città metropolitane, a cui si aggiunge Roma capitale¹⁴, elencate dalla legge 56/2014 (trasposizione di un elenco formato oltre tre decenni addietro: *infra*), a cui si assommano le tre istituite nella Regione Sicilia e le due istituite nella Regione Sardegna, in cui risiede 36% popolazione nazionale¹⁵, costituiscono l'istituzionalizzazione tardiva di aggregazioni territoriali e di storie segnate da processi e relazioni città-contro-entro iscritti nella vicenda della Nazione¹⁶, entro cui campeggia – come ricordava C. Cattaneo¹⁷ – il ruolo delle città quale fattore connotativo e matrice identitaria, autentico elemento di continuità entro una vicenda storica segnata dalla tardiva assunzione da parte dello Stato di una funzione unificante.

Nel tracciare un bilancio, risaltano immediatamente criticità di disegno territoriale e organizzativo¹⁸, su cui è tornata anche la Raccomandazione 503/2024 del Congresso dei poteri locali e regionali del Consiglio d'Europa¹⁹. Appare evidente come uno dei principali limiti della discipli-

Italia, a cura di A. BALDUCCI, V. FEDELI, F. CURCI, Milano, 2017, 12; *Le grandi città italiane, Società e territori da ricomporre*, a cura di G. DEMATTEIS, Venezia, 2011.

¹⁴ S. BELLONIA, *La città metropolitana di Roma e la questione di Roma Capitale*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 103; M.C. ROMANO, *La città-regione quale figura interdisciplinare. Soluzioni istituzionali e nuovi livelli di governo delle città capitali e metropolitane nella prospettiva europea*, in *Dir. amm.*, 2020, 677.

¹⁵ Nelle Città metropolitane risiede il 36,4% della popolazione nazionale (22,1 milioni di persone) e questi territori rappresentano il principale asset economico nazionale, entro cui viene prodotto oltre il 40% del valore aggiunto nazionale, grazie a 1,8 milioni di aziende che occupano 7,9 milioni di persone (circa il 35% del totale degli occupati).

¹⁶ L. GAMBÌ, *Da città ad area metropolitana*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, XV, Torino, 1973 (ried. 2005), 370; S. CAFIERO, A. BUSCA, *Lo sviluppo metropolitano in Italia*, Milano, 1970.

¹⁷ C. CATTANEO, *La città considerata come principio ideale delle istorie italiane*, Pisa 2021, con introduzione di M. Campopiano, *Introduzione. La città nel pensiero di Carlo Cattaneo: passato e presente* (ove, tra l'altro, si fa riferimento alla 'lettera' *Sulla legge comunale e provinciale*, (in Id., *Scritti politici*, a cura di M. Boneschi, Firenze 1964-65, IV, 414) in cui Cattaneo criticava l'impostazione della legge Rattazzi del 1859 che, negando il nesso 'naturale' e originario tra la comunità insediata e il rispettivo comune, aveva ricollocato il comune-ente entro un rigido schema giuridico, sopprimendo le precedenti esperienze preunitarie. Sul punto, E. ROTELLI, *Gli ordinamenti locali della Lombardia preunitaria*, in Id., *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, Milano, 1978, 29.

¹⁸ A. SANDULLI, *Le città metropolitane e la debolezza di Atlante*, in *Munus*, 2013, 3

¹⁹ REC 503 (2024) – Raccomandazione 503 (2024) Monitoraggio dell'applicazione della Carta europea dell'autonomia locale in Italia (in <https://search.coe.int/cm>), si vedano, in particolare i punti: 5.b “Ampliare il campo d'azione delle città metropolitane e delle province, una volta reintrodotti gli organi eletti direttamente”; 5.d. “Introdurre la possibilità di formulare un voto di destituzione o di censura nei consigli provinciali/metropolitani contro il loro presidente/sindaco, al fine di rafforzare la responsabilità politica dei

na normativa sulle città metropolitane delineata dalla l. 56/2014 consista nell'aver fatto coincidere – per 'ricalco' – il territorio delle neoistituite città metropolitane con quello delle corrispondenti province oggetto di sostituzione. In tal modo sono state assimilate in maniera difettivamente omologante realtà metropolitane molto diverse tra loro²⁰ e non si è colta la reale estensione di taluni sistemi metropolitani (la conurbazione milanese *in primis*), cadendo nell'errore di una rappresentazione viziata da un superficiale isomorfismo. Coesistono quindi nel medesimo contenitore categoriale e sono rette dal medesimo modello istituzionale realtà territoriali, economiche e funzionali profondamente diversificate (la metropoli regionale milanese, i 4,5 milioni di abitanti di Roma contro i 550,00 di Reggio Calabria; città capoluogo come Roma, con 2,8 milioni di abitanti, a fronte dei 154.000 abitanti di Cagliari).

Non meno evidenti i limiti del modello di governo dell'ente metropolitano. Nessuno degli organi della Città metropolitana è eletto direttamente dai cittadini (profilo che mette in discussione la pienezza dell'autonomia politica dell'ente)²¹, ma a destare perplessità è soprattutto l'automatica identificazione del sindaco della città capoluogo quale sindaco metropolitano, con conseguente differenziazione dell'incidenza del voto tra gli elettori chiamati ad eleggere il (proprio) sindaco e quelli dei comuni dell'area metropolitana, estranei a tale fondamentale momento

presidenti/sindaci, come già raccomandato nella precedente Raccomandazione 404 (2017) del Congresso"; 5.e "Assegnare una retribuzione equa ed adeguata ai funzionari eletti delle province e delle città metropolitane".

²⁰ Oltre la metropoli. *L'urbanizzazione regionale in Italia*, cit., *passim*.

²¹ Sul concetto di autonomia, centrale nella disciplina degli enti locali, A. ROMANO, R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 1*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di A. ROMANO, R. CAVALLO PERIN, Padova, 2006, 4; S. ROMANO, *Comune (Parte generale)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, v. II, p. I, Milano, 1908, 497 (sulle ragioni e sulle origini del principio di uniformità, a cui abbiamo fatto ripetutamente cenno, in part., 506-507). In termini espressivi di una forte rivendicazione di autonomia dalla Stato, G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, 59, guardando al regime dell'attività e dei controlli, giungeva ad affermare che "L'esistenza di un potere autonomo, che non include un rapporto con l'amministrazione statale, è il solo possibile traguardo dell'autonomia locale". Lo stesso Autore sottolineava – in termini ancora oggi pienamente condivisibili – come "al fondo dell'idea di autonomia vi è sempre un principio di autogoverno sociale ed ha senso introdurre una autonomia sul piano istituzionale in quanto sia sicuro che essa serva a vivificare la partecipazione sociale, a rendere effettiva cioè la libertà dei singoli e dei gruppi sociali, come presenza attiva nella gestione di amministrazioni comuni" ID., *Commento all'art. 5*, in *Commentario alla Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna – Roma, 1975, in part., 288.

democratico. A ciò si aggiunga che il rinnovo del consiglio del comune capoluogo postula anche il rinnovo del consiglio metropolitano, a consolidare l'idea che al capoluogo sia stato implicitamente riconosciuto il rango di "motore" della città metropolitana e, comunque, che la città centrale sia stata posta in grado di condizionare la vita amministrativa dell'ente metropolitano²².

Ai limiti originari si sono poi sommate differenze e i ritardi nell'esercizio del ventaglio di funzioni e di strumenti attribuiti alla città metropolitana dalla legge (e dalle leggi regionali²³), come dimostrato dall'approvazione solo da parte di un limitato novero di enti del Piano Territoriale Metropolitano, atto di pianificazione 'generale' (ossia immediatamente conformativo dei suoli relativamente a specifici contenuti) che, in uno con il Piano Strategico, costituisce il fondamentale vettore di spazializzazione delle politiche di scala metropolitana, sul versante non solo territoriale ma anche ambientale nonché dell'articolazione della trama delle centrali erogative dei servizi pubblici e delle reti della mobilità, profili strutturanti in vista del rafforzamento della dimensione metropolitana.

2. *Il lungo percorso verso la città metropolitana*

La dimensione metropolitana ha posto da decenni il legislatore di fronte all'esigenza di prefigurare architetture istituzionali differenziate²⁴.

²² M.R. RICCI, *La Città metropolitana tra criticità della disciplina vigente e prospettive di riforma: si salvi... ciò che si può*, in *What next?*, cit., 112.

²³ C. TUBERTINI, *La Città metropolitana tra Regione, Comuni ed Unioni. Analisi delle relazioni istituzionali*, in *Urban@it Background Papers, Rapporto sulle Città 2015. Metropoli attraverso la crisi*; ID., *La città metropolitana nel sistema delle relazioni tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *What next?*, cit., 145.

²⁴ Vanno ricordati gli scritti di A. AQUARONE, *Grandi città e aree metropolitane in Italia. Problemi amministrativi e prospettive di riforma*, cit.; M.S. GIANNINI, *Il riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 451; G. PASTORI, *Problemi inerenti al governo delle aree metropolitane*, in *Fondazione G. Agnelli, La riforma dell'amministrazione locale*, Torino, 1978, 127; ID., *Aree metropolitane*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1, Torino, 1987, 381; P. URBANI, *Note in tema di governo delle aree metropolitane*, in *Dem. dir.*, 1978, 399; *Il governo delle aree metropolitane in Italia*, a cura di P. URBANI, Milano, 1985 (con *Introduzione* di M.S. GIANNINI, il quale chiariva preliminarmente la propria contrarietà all'idea di 'provincia metropolitana' e il favore per un modello di unione di comuni in 'autorità metropolitane', e interventi di G. MAZZOCCHI, *Problemi economico-territoriali di identificazione e confinazione delle aree metropolitane in Italia*; P. URBANI, *Ipotesi di configurazione istituzionale del governo delle aree metropolitane*; F. MERLONI, *Identificazione e distribu-*

Una istanza che per molto tempo è risultata recessiva in ragione della prevalenza del già citato canone dell'uniformità di derivazione francese che ha innervato sin dal 1859 (l. Rattazzi) la legislazione comunale e provinciale. Già nei primi anni Sessanta, lo storico A. Aquarone poneva lucidamente l'accento sulla distanza tra la percezione delle specificità forti già riconoscibilmente assunte dai coaguli metropolitani e “*gli strumenti di amministrazione che le leggi ed i regolamento mettono a disposizione degli organi locali per far fronte a tutti i molteplici e complessi problemi*”²⁵ conseguenti alla condizione tipologicamente metropolitana propria di taluni quadranti territoriali, a cagione, almeno in un primo tempo, di processi di industrializzazione che hanno determinato il manifestarsi di profondi divari tra contesti urbani sviluppati e aree del territorio avviatesi ad accumulare ritardi che già allora parevano difficilmente colmabili e si assommavano a differenze inscritte nella profondità delle epoche storiche. Nell'incapacità di introduzione di figure di enti e modelli di amministrazione locale differenziati emergeva un ulteriore profilo di inattuazione del principio autonomistico, affermato dell'art. 5 della Costituzione ma compresso dal persistere, sino al 1990, di una legislazione ordinaria di stampo ottocentesco, tesa a configurare le autonomie locali quali espressione di un mero decentramento amministrativo dello Stato²⁶.

zione delle funzioni di governo delle aree metropolitane); G. PERICU, *Aree metropolitane*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 1245.

²⁵ A. AQUARONE, *Grandi città e aree metropolitane in Italia. Problemi amministrativi e prospettive di riforma*, cit., 6.

²⁶ G. BERTI, *Commento all'art. 5*, cit., 279 e segg.; F. BENVENUTI, *Per una nuova legge comunale e provinciale*, in *Scritti giuridici*, II, (1948 – 1959), Milano, 2006, 1747, il quale, prendendo le mosse dall'art. 5 Cost. e offrendone una lettura capace di ritrarne il corollario fondamentale, osservava che “*Comuni e Province non potranno più essere considerati come enti autarchici o ausiliari dello Stato: essi non sono in posizione di aiuto rispetto allo Stato ma dovranno concorrere, come libera manifestazione della vita sociale, alla vita dello Stato; essi non potranno più essere considerati come enti autarchici ma come enti che concorrono in posizione di parità con lo Stato a raggiungere dei fini che non sono fini dello Stato ma fini dell'ordinamento comunitario complessivo*”; M.S. GIANNINI, *I comuni*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, in part., 33, concludeva la riflessione sulle radici storiche del principio di uniformità (*ut supra*) osservando che “*vi è quindi da supporre che avessero ragione coloro che ritenevano preferibile in un paese come l'Italia, il sistema austriaco di differenziazione dei comuni, al sistema franco-piemontese dell'uniformità*”; P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia 1848 – 1995*, Roma, 1997, 27 e segg.; E. ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna*, cit., *passim*; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Torino, 1979. Più di recente, in termini riassuntivi, S. STAIANO, *Art. 5*, Roma, 2017.

Entro questa lunga parabola merita un cenno la proposta formulata dal c.d. Gruppo di Pavia, aggregato attorno alla figura di U. Pototschnig, riassunta in un disegno di *Legge generale sull'amministrazione locale*²⁷ (i cui articoli 56 – 58 erano riservati alla figura delle 'province metropolitane': identificabili nelle aree di Roma, Milano, Napoli, Torino, Genova e in altre aree da individuarsi secondo requisiti demografici predeterminati, a cui attribuire poteri nella disciplina del territorio, nella programmazione commerciale e industriale e nell'organizzazione dei servizi con bacino sovrallocale) così come la considerazione del livello metropolitano entro l'influente documento ministeriale denominato *Progetto 80*²⁸, ove si registrava come le traiettorie di sviluppo del Paese facessero registrare la polarizzazione attorno ad alcune conurbazioni (Milano, Torino, Genova, Roma e Napoli)²⁹. Seguirono, negli anni Ottanta, una serie di progetti di legge presentati in Parlamento da più gruppi politici³⁰.

La legge 8 giugno 1990, n. 142, ossia la legge che, dando attuazione all'art. 5 Cost., rompeva finalmente la continuità legislativa con le esperienze prerepubblicane, riconosceva una reale autonomia (innanzitutto statutaria) agli enti locali e, per la prima volta, segnava un distacco dal canone dell'uniformismo³¹. In tale prospettiva, all'art. 17, la legge recava la norma istitutiva delle aree metropolitane: *"Sono considerate aree metropolitane le zone comprendenti i comuni di Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Roma, Bari, Napoli e gli altri comuni i cui insediamenti abbiano con essi rapporti di stretta integrazione in ordine alle attività economiche, ai servizi essenziali alla vita sociale, nonché alle relazioni culturali e alle ca-*

²⁷ *Legge generale sull'amministrazione locale*, a cura di U. POTOTSCHNIG, Padova, 1977 e, in precedenza, ID., *Per una nuova legge comunale e provinciale*, in *Le Regioni*, 1975, 1072, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 1999, 549.

²⁸ Ministero del Bilancio e della Programmazione economica, *Progetto 80. Rapporto preliminare al programma economico nazionale 1971-75*, Milano, 1969; sul quale C. RENZONI, *Il Progetto '80. Un'idea di Paese nell'Italia degli anni Sessanta*, Roma, 2012.

²⁹ Sul progetto di Pavia e su Progetto 80, e più in generale sul vivace dibattito che connotò quella stagione, si veda la puntuale ricostruzione in G.C. RICCIARDI, *Dalle leggende alle Città metropolitane. Difficile attuazione di 'un'istituzione del governo locale tra passato, presente e futuro*, in *La riorganizzazione territoriale dell'Area vasta. Riflessioni teoriche, esperienze e proposte applicative a partire dal caso della Regione Lombardia*, a cura di G.C. RICCIARDI, A. VENTURI, Torino, 2018, 29.

³⁰ Per una completa rassegna, si veda il numero monografico di *Regione e governo locale*, 1990, 157.

³¹ R. SCARCIGLIA, *Commento all'art. 17*, in *Commentario alla Costituzione*, fond. Branca, dir. Pizzorusso, Art. 128 Supplemento, Legge 8 giugno 1990, n. 142, *Ordinamento delle autonomie locali*, Bologna – Roma, 1996, 229

ratteristiche territoriali.”³². La l. 142/1990, muovendo dall’idea, invero già allora superata, di aree metropolitane definibili a partire dal fulcro del comune centrale, delegava quindi alle regioni a statuto ordinario il compito di delimitazione di ciascuna area metropolitana, ossia dello spazio territoriale atto a ricomprendere in un unico contenitore istituzionale la città centrale e i comuni gravitanti nel sistema, funzionale e socio-economico, metropolitano. Il successivo art. 18, con una previsione in qualche modo contraddittoria, faceva invece cenno a un regime istituzionale differenziato per le città metropolitane, ponendo la premessa per una disciplina della città caratterizzata da un qualche tratto distintivo rispetto ai comuni di corona (o dell’hinterland), destinati ad una passiva attrazione entro l’area metropolitana³³. La delega non è stata tuttavia esercitata.

È proseguito invece un dibattito condizionato dall’incertezza tra l’opzione nel senso dell’elaborazione di un modello a partire dal riconoscimento di una centralità allo spazio territoriale esteso, ossia all’area metropolitana, ovvero al magnete centrale, identificabile – si diceva allora – nella città metropolitana.

La legge 265/1999, nel frattempo, preso atto dell’inerzia regionale, aveva assegnato un ruolo propulsivo ai comuni, delineando un processo destinato ad attivarsi ‘dal basso’, secondo un dispositivo, poi ‘assorbito’ e consolidato nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che prevedeva (artt. 22 – 26) la proposta

³² A. PUBUSA, *Città metropolitane*, in *Enc. dir., Agg.*, III, Milano, 1999, 360; P. URBANI, *Aree metropolitane*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Milano, 2001, 111; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali*, Milano, 2011.

³³ Naturalmente, la riflessione attorno alla città metropolitana non riduce affatto lo spazio (e la necessità) di un convinto rilancio del dibattito sullo statuto giuridico della città (che, in alcuni casi, risulta inscindibile da quello del territorio metropolitano-regionale mentre in altri casi – la maggioranza secondo la geografia del nostro Paese – risulta isolabile dal contesto e connotata da caratteri propri). Le città sono oggetto di studi che, sulla base di argomenti completamente condivisibili, rivendicano una distinta considerazione istituzionale che il retaggio dell’uniformismo che ancora permea la legislazione sugli enti locali tarda a manifestarsi: *ex multis*, con particolare articolazione argomentativa, J.B. AUBY, *Droit de la ville: Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, 2016; nella dottrina nazionale, in termini convincenti, F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, V; R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality: the city, its Rights and its Rities*, in *Italian Journal of Public Law*, 2013, 226; ID., *L’ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, 365; inoltre, F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2018, 29; M. ROVERSI MONACO, *La città nell’ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2016, 975; G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Ist. fed.*, 2018, 5; S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull’autonomia differenziata*, in *www.federalismi.it*, 2019; R. MEDDA, *Il governo locale delle aree urbane in Italia. Profili giuridici alla luce dell’esperienza comparata*, Napoli, 2022.

degli enti coinvolti di delimitazione dell'area metropolitana e, perpetuando la giustapposizione non risolta area metropolitana – città metropolitana, consentiva al “*comune capoluogo e gli altri comuni ad esso uniti da contiguità territoriale e da rapporti di stretta integrazione in ordine all'attività economica, ai servizi essenziali, ai caratteri ambientali, alle relazioni sociali e culturali*” di “*costituirsi in città metropolitane ad ordinamento differenziato*”, con decisione assunta dall'assemblea dei rappresentanti degli enti coinvolti, da sottoporre successivamente a referendum in ogni comune.

La riforma del Titolo V della Costituzione, operata con la l. cost. 3/2001, ha chiuso la travagliata stagione in cui oggetto di discussione era la configurabilità stessa di una dimensione istituzionale di scala metropolitana. L'art. 114 Cost. ha elevato le città metropolitane al rango di enti necessari, di diretta rilevanza costituzionale, costitutivo essenziale dell'ordinamento repubblicano ridisegnato in termini policentrici tra livelli istituzionali equiordinati: “*La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regione e dallo Stato*”. Un modello imperniato sul duplice principio autonomistico e di differenziazione. Si è giustamente sottolineata la netta discontinuità rispetto all'invalso modello istituzionale di derivazione ottocentesca, rappresentato da un sistema saldamente imperniato sulla statualità, articolato uniformemente sull'intero territorio nazionale, secondo partizioni consolidate nel tempo secondo logiche storico-amministrative. Al valore dell'uniformità si è giustapposta l'incidenza del principio di differenziazione (art. 118 Cost.), tale da imporre la presa d'atto dell'inevitabile specificità di talune particolari realtà territoriali e dell'esigenza di una nuova figura di governo di aree con salienti caratteristiche, distinte perciò rispetto alle province, figura nei confronti della quale la città metropolitana era destinata a porsi in termini alternativi e di superamento.

Il riscritto Titolo V menzionava le città metropolitane, cancellando ogni incertezza circa lo spazio incompressibile riservato alla dimensione particolare del metropolitano entro il ridisegnato assetto istituzionale, tuttavia, non aggiungeva nulla circa i tratti qualificanti del metropolitano (ossia circa i caratteri, essenzialmente funzionali, che determinano l'emersione di un sistema metropolitano), con il risultato che nella fase successiva prevarranno rispetto ad un criterio maggiormente selettivo spinte in direzione di una equa distribuzione lungo la penisola delle città metropolitane³⁴ (e continuerà a costituire un riferimento l'elenco risalente agli anni Novanta). Il Titolo V taceva anche circa il disegno organizzativo e le competenze delle città metropolitane, lasciando

³⁴ F. FABRIZZI, A. STERPA, *Città metropolitana*, cit., 165.

dunque trasparire un evidente vuoto di disciplina che – come prevedibile – ha ulteriormente ritardato la concreta istituzione delle città metropolitane.

Negli anni successivi è stata conferita una ulteriore delega al Governo con la l. 131/2003, rimasta tuttavia inattuata. È egualmente rimasta inattuata anche che la previsione contenuta nell'art. 23 della l. 42/2009 sul federalismo fiscale, secondo cui, nelle more della definizione delle funzioni fondamentali, del disegno degli organi e del sistema elettorale, le città metropolitane si sarebbero comunque potute costituire su iniziativa delle province e dei comuni, seguita da un referendum nei comuni coinvolti: una sorta di spinta 'prenotativa', atta a sostanzarsi nella manifestazione politica di una volontà aggregativa 'al buio', senza cioè alcuna certezza circa i tratti della futura figura istituzionale e della correlativa capacità di fornire effettivamente risposte efficienti rispetto alla domanda non solo di coesione ma anche di un supplemento di efficienza amministrativa per il governo di sistemi territoriali e socio-economici da cui provengono domande particolari. Anche questa delega è rimasta frustrantemente inattuata.

Nel frattempo, si erano fatte imperative le ragioni di una drastica *spending review*, il cui esito – sulla scorta di un pregiudizio ampiamente aprioristico – fu l'identificazione nelle province un ente dei cui tagliare drasticamente i costi (ritenuti eccessivi e improduttivi). In un clima emergenziale, il Governo Monti prevede con il d.l. 95/2012, essenzialmente per ragioni di ordine economico-finanziario, la razionalizzazione (e il depotenziamento) delle province e, di riflesso, la contestuale istituzione delle città metropolitane di Roma, Torino, Milano, Venezia, Genova, Bologna, Firenze, Bari, Napoli e Reggio Calabria (con soppressione delle corrispondenti province, entro una vicenda di frettolosa 'sostituzione' tra enti). L'iniziativa riformista, innescata da non celate esigenze di finanza pubblica e praticata con lo strumento speditivo del decreto legge, non ha tuttavia retto lo scrutinio critico della Corte costituzionale che, con sentenza 220/2013, ha annullato, con parole sferzanti, la norma di riordino del sistema delle autonomie, in ragione della palese inidoneità dello strumento del decreto-legge a veicolare una riforma organica e dell'ambiguità di una riforma profilata sulla scorta della determinante del taglio dei costi del sistema autonomistico.

3. *La legge (ante e post fallimento della riforma costituzionale)*

La lunga attesa per l'istituzione delle città metropolitane, fatta di inerzie e di tentativi incongrui, dietro i quali si intravedeva una scarsa

percezione della rilevanza per lo sviluppo del Paese dei nuclei metropolitani, è terminata, dopo quattordici anni dalla riforma del Titolo V, con la l. 7 aprile 2014, n. 56, che ha istituito le città metropolitane *ex lege*, senza più necessità di procedure ulteriori³⁵.

Va subito evidenziato che nella soluzione prefigurata dalla legge De Rio si colgono innegabilmente i tratti di un certo uniformismo di ritorno. È stato elencato un numero ‘chiuso’ di città metropolitane, con ciò lasciando privi della qualifica di aree metropolitane territori che invece presentano tale carattere obiettivo. È del pari mancata – come accennato – la capacità di cogliere le notevoli differenze strutturali tra i poli ricompresi nell’elenco delle città metropolitane: il modello disegnato dalla legge, anziché presentare margini di duttilità tesi a consentire un adattamento alle marcate diversità tra le varie situazioni, si è trasformato in un dispositivo omologante, con ridottissimi profili di differenziazione (da declinare principalmente negli statuti degli enti³⁶). In contestualità con la trasformazione delle province in enti di secondo livello (con personale politico non più eletto dai cittadini), le città metropolitane sono state definite come enti di area vasta con territorio coincidente con quello della provincia sostituita (con limitate possibilità di deroghe subordinate ad una procedura estremamente complessa, rimaste sin qui ottative). Si è rimarcato in proposito che la l. 56/2014 muove da una sorta di “*presunzione di adeguatezza*”³⁷ della figura prototipica di città metropolitana disegnata *ope legis*, non vagliata preventivamente, caso per caso, secondo i criteri di adeguatezza e differenziazione dettati dall’art. 118 Cost. La pretermissione di una tale verifica e l’ostentato disinteresse rispetto alle reali condizioni dei territori e, ancor più, rispetto ai correlativi metabolismi socio-economici hanno avuto quale esito una scelta operata in contrasto con gli «*opportuni criteri di efficienza e funzionalità, ciò che invece sarebbe necessario, ai sensi dell’art. 114 Cost., per far sì che le città metropolitane... siano in grado di curare al meglio gli interessi emergenti dai loro territo-*

³⁵ L. VANDELLI, *Città metropolitane*, in *Enc. dir., Ann.*, IX, Milano, 2016, 81.

³⁶ Sugli statuti delle città metropolitane, tutti risultato di un intenso lavoro di originale elaborazione, *Gli statuti delle città metropolitane*, a cura di A. LUCARELLI, F. FABRIZZI, D. MONE, Napoli, 2016; G. MOBILIO, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, 2017.

³⁷ Concetto evocato, per affermare che, al contrario, le attribuzioni di funzioni ai diversi livelli amministrativi vanno operate sulla base di puntuali valutazioni di adeguatezza, da C. cost. 4 gennaio 2024, n. 2.

ri»³⁸. Ne sono risultati – come già accennato – confini mal disegnati, in alcuni casi lontani dal coincidere con l’area di effettiva gravitazione attorno ai poli centrali, in altri ancora inadeguati rispetto a fenomeni di regionalizzazione e di policentrismo, rispetto ai quali occorre ormai parlare di metropoli regionalizzate e di arcipelaghi insediativi interconnessi tra loro (sul calco delle aree funzionali e delle geografie non-standard di cui, a livello comunitario, si è occupato l’Osservatorio sui cambiamenti spaziali in Europa ESPON)³⁹. Ne deriva una distanza “*tra i territori dell’economia e i territori delle istituzioni*”⁴⁰ che ha sin qui impedito di cogliere e accompagnare con un adeguato disegno istituzionale i tratti delle dinamiche aggregative effettuali in atto sugli assi e sulle catene di produzione di valore di scala europea (gli assi MI-TO e MI-BO, che corrispondono ai corridoi dell’alta velocità che connettono a reti europee e le indubbie particolarità di Roma-Capitale).

4. *Il disegno organizzativo e gli interventi della Corte costituzionale*

Il sistema di governo della città metropolitana – come accennato – è articolato su tre organi: il sindaco metropolitano, il Consiglio metropolitano e la Conferenza metropolitana⁴¹.

Il sindaco metropolitano⁴² – come già detto – coincide *ex lege* con il sindaco della città capoluogo, per effetto di una immedesimazione *ratione officii*, con la conseguenza che esso viene eletto dal solo corpo elettorale del comune centrale. Una disparità tra due blocchi di cittadini della medesima città metropolitana che non poteva sfuggire al vaglio della Corte costituzionale (*infra*).

³⁸ C. cost. 240/2021, su cui *amplius infra*.

³⁹ E.W. SOJA, *Dopo la metropoli. Per una critica della geografia urbana e regionale*, cit., *passim*; sul punto, da ultimo, anche V. FEDELI, *Invisibile o inaudibile: processi di regionalizzazione dell’urbano nel silenzio delle istituzioni*, in *La città invisibile. Quello che non vediamo sta cambiando la metropoli*, a cura di A. Balducci, Milano, 2023, 187.

⁴⁰ G. DE LUCA, F.D. MOCCIA, *Introduzione*, in *Pianificare le città metropolitane in Italia. Interpretazioni, approcci, prospettive*, a cura di G. DE LUCA, F.D. MOCCIA, Roma, 2017, 5.

⁴¹ M.R. RICCI, *La città metropolitana nell’ordinamento giuridico italiana. Percorsi istituzionali e profili di criticità*, Bologna, 2020.

⁴² Il sindaco metropolitano rappresenta l’ente, convoca e presiede il consiglio metropolitano e la conferenza metropolitana, sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici e all’esecuzione degli atti; esercita le altre funzioni attribuite dallo statuto (art. 1, comma 8, l. 56/2014).

Peraltro il sistema elettorale del sindaco metropolitano si differenzia anche da quello di elezione del presidente della provincia. Mentre il sindaco metropolitano viene fatto coincidere con il sindaco della città capoluogo (elettività diretta è rimasta una ipotesi lontana: *infra*) e resta in carica per tutta la durata del mandato quale sindaco del comune⁴³, il presidente della provincia è eletto dai sindaci e dai consiglieri dei comuni della provincia tra i sindaci della provincia (il cui mandato scade non prima di diciotto mesi dalla data di svolgimento delle elezioni) con un sistema a voto ponderato in relazione alla popolazione complessiva della fascia demografica del comune di cui si è amministratori e dura in carica quattro anni. Si registra inoltre una sostanziale irresponsabilità del Sindaco davanti agli altri organi (entrambi partecipati sia da membri della sua maggioranza che dalle opposizioni)⁴⁴. Né il Consiglio né la Conferenza hanno infatti il potere di sfiduciare il sindaco metropolitano.

Nella stagione di approvazione della l. 56/2014 era ancora forte il diffuso pregiudizio antipolitico che, per alcuni anni, ha percorso e condizionato il dibattito pubblico. Da quel clima deriva la previsione secondo cui tutte le cariche, compresa quella di sindaco metropolitano, debbono mantenere carattere gratuito (senza che siano previsti anche soltanto degli indennizzi) onde evitare cumuli con gli emolumenti che il personale politico riceve già ordinariamente nei rispettivi comuni. Nella stessa logica di riduzione dei costi della politica si spiega la mancata previsione di un organo giuntale, suscettibile di operare con prerogative esecutive in affiancamento al sindaco metropolitano. Scelta di fondo temperata dalla possibilità che questi ha di identificare un vicesindaco (art. 1, comma 40, l. 56/2014), scelto tra i consiglieri metropolitani (*“stabilendo le eventuali funzioni ad esso delegate”*), ed alcuni consiglieri delegati che devono operare, nei limiti delle deleghe ricevute, *«nel rispetto del principio di*

⁴³ Per il caso di cessazione della carica di sindaco del comune capoluogo, si attiva una nuova elezione del Consiglio metropolitano, la cui durata viene dunque a coincidere con quella della sindacatura comune: il Consiglio dura in carica ordinariamente cinque anni, ma *«[i]n caso di rinnovo del consiglio del comune capoluogo, si procede a nuove elezioni del consiglio metropolitano entro sessanta giorni dalla proclamazione del sindaco del comune capoluogo»*, come ulteriormente confermato dalla previsione secondo cui *«[q]ualora il sindaco metropolitano cessi dalla carica per cessazione dalla titolarità dell'incarico di sindaco del proprio comune, il vicesindaco rimane in carica fino all'insediamento del nuovo sindaco metropolitano»* (art. 1, comma 40, l. 56/2014).

⁴⁴ G. VIGEVANI, I. TANTULLI, *Dieci anni senza elezione diretta del Sindaco metropolitano*, in *What next?*, cit., 154.

collegialità, secondo le modalità e nei limiti stabiliti dallo statuto» (art. 1, comma 41, l. 56/2014)⁴⁵.

Il Consiglio metropolitano, i cui membri sono amministratori dei comuni ricompresi nell'area vasta, eletti dai sindaci e dai consiglieri comunali in carica dell'area metropolitana (elezione di secondo grado)⁴⁶, è definito come l'organo di indirizzo e controllo, propone il testo dello statuto, approva i regolamenti, i piani, i programmi, approva o adotta ogni altro atto ad esso sottoposto dal sindaco metropolitano, etc. Adotta inoltre, su proposta del Sindaco metropolitano, gli schemi di bilancio da sottoporre al parere della Conferenza metropolitana.

Si registra una differenza di rilievo rispetto al Consiglio provinciale, la cui durata in carica è di due anni, mentre il Consiglio metropolitano dura in carica cinque anni, a sottolineare una coincidenza con il mandato del sindaco del capoluogo.

La Conferenza metropolitana nelle città metropolitane (e la conferenza dei sindaci nelle province) è l'organo composto da tutti i sindaci dei comuni ricompresi nel territorio, a cui spettano poteri propositivi, consultivi e di controllo, secondo quanto disposto dallo statuto. Adotta o respinge lo Statuto (proposto dal Consiglio) con i voti che rappresentino almeno un terzo dei comuni compresi nella provincia e la maggioranza della popolazione complessivamente residente (*quorum* che – come già detto – consegna una centralità al comune capoluogo).

I limiti del disegno organizzativo della figura disegnata dalla l. 56/1014 sono stati oggetto di reiterati interventi della Corte costituzionale, da cui sono derivate fondamentali coordinate interpretative, essenziali per la ricostruzione di un quadro che miri a ricondurre il modello istituzionale entro una cornice di solida costituzionalità.

In una prima occasione, la Corte costituzionale, con la sentenza 50/2016⁴⁷, posta di fronte al dato relativo alla elezione indiretta degli or-

⁴⁵ Sulle 'pseudo-giunte', ossia sugli organi para-collegiali formati dai delegati del sindaco metropolitano previsti da alcuni statuti (Bari, Bologna, Roma, Milano), F. FABRIZZI, A. STERPA, *Città metropolitana*, cit., 169.

⁴⁶ Il Consiglio metropolitano è composto dal sindaco metropolitano e da un numero di consiglieri variabile a seconda della popolazione, eletti sulla base di liste concorrenti con voto diretto, libero e segreto in un unico collegio elettorale, con un meccanismo di ponderazione idoneo ad attribuire un peso diverso ai singoli voti a seconda del numero di abitanti del Comune da cui provengono gli amministratori votanti.

⁴⁷ A. STERPA, F. GRANDI, F. FABRIZI, M. DE DONNO, *Corte costituzionale, sent. n. 50 del 2015: scheda di lettura*, in *www.federalismi.it*, 2015; E. CARLONI, *Differenziazione e*

gani della città metropolitana, ha avuto modo di affermare che *“la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall’art. 114 Cost., come “costitutivi della Repubblica”, ed il carattere autonomistico a essi impresso dall’art. 5 Cost. non implicano [...] l’automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti”*, con conseguente *“piena compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico”*, in ragione del fatto che *“il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio, dichiarato nella sentenza del 1968 «strumento essenziale dell’autonomia, cui hanno riguardo gli artt. 5 e 128 della Costituzione»*, non viene comunque meno in caso di elezioni di secondo grado *«che, del resto, sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato (art. 83)”*. Sempre in relazione all’assetto organizzativo, nella consapevolezza delle aporie del modello delineato dalla legge, accompagnata tuttavia da una apertura rispetto ai correttivi apportabili in sede statutaria, la Corte ha rimarcato che l’individuazione *ope legis* del sindaco metropolitano nel sindaco del comune capoluogo *«non è irragionevole in fase di prima attuazione del nuovo ente territoriale»*, in ragione del *«particolare ruolo e l’importanza del comune capoluogo intorno a cui si aggrega la città metropolitana»*, considerando anche che scelta non è irreversibile, posto che resta la scelta del metodo di elezione resta demandata allo statuto di ogni città, con possibilità di optare per l’elezione diretta del proprio sindaco (invero solo ad esito di un complesso processo di ridisegno della città centrale⁴⁸). Allo stesso modo, la Corte, in questo primo intervento, ha sciolto anche i dubbi circa la formazione della Conferenza metropolitana, incertezza *«agevolmente superata»* dalla considerazione secondo cui questo organo *«può vedersi attribuite ulteriori competenze dallo statuto, atto*

centralismo nel nuovo ordinamento delle autonomie locali: note a margine della sentenza n. 50/2015, in *Dir. pubbl.*, 2015, 157.

⁴⁸ L’art. 1, comma 22, della l. 56/2014 demanda allo statuto la facoltà di prevedere che il sindaco e il consiglio metropolitano possano essere eletti direttamente, ma con rimando (indeterminato) al *«sistema elettorale che sarà determinato con legge statale»*. Presupposto ulteriore per l’attivazione di tale sistema elettorale è che, in via preventiva, il territorio del comune capoluogo sia articolato in più comuni, con proposta di scomposizione adottata dal Consiglio comunale e sottoposta a referendum tra tutti i cittadini della Città metropolitana. Di seguito la Regione dovrebbe provvedere con propria legge all’istituzione dei nuovi comuni ai sensi dell’art. 133 Cost. Per le sole Città metropolitane con popolazione superiore a tre milioni di abitanti (Roma, Milano, Napoli), l’elezione diretta può trovare applicazione a condizione di una ripartizione del comune capoluogo unicamente in *«zone dotate di autonomia amministrativa»*.

fondamentale di autorganizzazione dell'ente, il quale viene approvato dalla conferenza stessa; per cui proprio la conferenza si configura, dunque, come organo decisore finale delle proprie competenze, fatte salve quelle riservate in via esclusiva al sindaco metropolitano». Indubbiamente, questa pronuncia, dall'esito per molti versi insoddisfacente⁴⁹, non aveva affrontato in termini diretti le criticità, di cui la Corte pareva comunque avere piena percezione, sull'assunto che il modello discendente dalla legge fosse ancora in fase di primo radicamento e presentasse margini di adeguamento (poi rivelatisi pressoché impraticabili).

In un secondo intervento, riferito alla legislazione siciliana ma con espressione di principi suscettibili di generalizzazione, la Corte costituzionale (C. cost. 168/2018) ha ribadito che i meccanismi di elezione indiretta sono pienamente funzionali al *«perseguito obiettivo di semplificazione dell'ordinamento degli enti territoriali, nel quadro della ridisegnata geografia istituzionale, e contestualmente rispondono ad un fisiologico fine di risparmio dei costi connessi all'elezione diretta»* e, nel mettere a fuoco un altro dei profili critici del nuovo corso della legislazione sigli enti locali, ha affermato che vi è una chiara correlazione, o meglio una *“strettissima consequenzialità”* tra la gratuità nell'esercizio delle funzioni e il modello a elezione indiretta degli organi di vertice nei nuovi enti di area vasta, laddove si chiamano a ricoprire incarichi in sede metropolitana (e provinciale) soggetti altrove legittimati e altrove retribuiti (l'esempio esplicito è quello dei sindaci metropolitani *«già percettori di un emolumento»* in quanto sindaci del capoluogo. Dietro questa soluzione la Corte ha intravisto l'intento di *«ridurre la spesa corrente e [...] razionalizzare i costi degli enti locali»*) e, sulla scorta di una non dichiarata gerarchizzazione di interessi, ha riconosciuto la prevalenza delle ragioni di contenimento della spesa su quelle che giustificerebbero invece un equo riconoscimento dell'impegno profuso dal personale politico entro gli enti di scala sovracomunale, non riducibile a mera proiezione dell'incarico in sede comunale.

Le questioni nodali non risolte erano comunque inevitabilmente destinate a riemergere in tutta la rispettiva problematicità. Con la sentenza 240/2021⁵⁰, la Corte ha espresso un chiaro monito all'indirizzo del legislatore affinché vengano affrontate e risolte le criticità a cui si è fatto più

⁴⁹ L. VANDELLI, *La legge “Delrio” all'esame della Corte: ma non meritava una motivazione più accurata?*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2015.

⁵⁰ C. cost., 240/2016, in *Giur. cost.*, 2021, 2641, con nota di S. MANGIAMELI, *La Corte costituzionale apre uno spiraglio sulla revisione della legge Delrio*.

volte riferimento. La fase di primo radicamento delle città metropolitane si era ampiamente esaurita e non vi era più spazio per una incondizionata apertura di credito rispetto a interventi dal basso, in sede statutaria. Il sindaco metropolitano, in quanto organo non elettivo, è designato di diritto e non può pertanto considerarsi neppure eletto dai cittadini del comune capoluogo. Andando direttamente al punto, la Corte rimarca che non si configura affatto un procedimento unico volto all'elezione di una figura duplice (come era profilato nell'ordinanza di remissione), interviene piuttosto una «*esteriore consequenzialità*» tra due momenti, il primo dei quali, la scelta del sindaco del comune capoluogo, è propriamente elettivo, mentre il secondo, con cui si individua il sindaco metropolitano, è il prodotto di un effetto conseguente, previsto direttamente dalla legge (non prodotto dalla volontà popolare). In questa prospettiva, non si riscontra dunque un peso differenziato del voto tra gli elettori del comune capoluogo e gli elettori degli altri comuni. Se non risulta violato il principio di uguaglianza del voto (art. 48 Cost.), in quanto spetta al legislatore, nell'esercizio di una scelta discrezionale, «*il compito di stabilire «il nesso di complementarietà e integrazione» tra forma di governo dell'ente locale e meccanismo elettorale, il vero limite del sistema elettorale – come spiega subito dopo la Corte – è invero ancora più radicale.*

La sentenza, idealmente scindibile in due parti, segnate da un netto mutamento di registro⁵¹, muove dall'assunto che la mancata approvazione referendaria della riforma costituzionale di cui al d.d.l. Renzi/Boschi (a cui la legge 'Del Rio' guardava in termini espliciti⁵²) impone conclusioni

⁵¹ «Ciò detto, e decise nel senso dell'inammissibilità le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Catania, questa Corte non può esimersi dall'osservare come il sistema attualmente previsto per la designazione del sindaco metropolitano non sia in sintonia con le coordinate ricavabili dal testo costituzionale, con riguardo tanto al contenuto essenziale dell'eguaglianza del voto, che «riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e [...] concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative» (sentenza n. 429 del 1995), quanto all'assenza di strumenti idonei a garantire «meccanismi di responsabilità politica e [i]l relativo potere di controllo degli elettori locali» (sentenza n. 168 del 2021)».

⁵² «Tale disciplina [la l. 56/2014] è stata adottata, secondo quanto risulta dall'art. 1, comma 5, «[i]n attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione» e nel presupposto, richiamato nella stessa Relazione introduttiva allegata al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati il 20 agosto 2013, di una successiva abrogazione delle Province da realizzarsi con legge di revisione costituzionale. Il disegno istituzionale sotteso alla riforma degli enti di area vasta, in particolare, mirava esplicitamente – secondo quanto emerge dalla Relazione ora richiamata – ad «anticipa[re] la visione di un ordinamento pluralistico caratterizzato da ambiti territoriali direttamente e immediatamente rappresentativi

diverse da quelle a cui si era pervenuti sei anni prima con la citata sentenza 50/2015. Al tempo della prima decisione in materia, si poteva ancora ritenere che la legittimazione *ex lege* del sindaco metropolitano non fosse «*irragionevole in fase di prima attuazione del nuovo ente territoriale*», attesi il particolare ruolo e l'importanza del comune capoluogo intorno a cui si aggrega la città metropolitana. Le esigenze di «*immediata operatività*» dei nuovi enti giustificavano, entro un bilanciamento, un indubbio *vulnus* ai principi deducibili dagli artt. 3 e 48 Cost. Per la stessa ragione, si poteva anche considerare quel modello come non irreversibile, «*restando demandato, come detto, allo statuto di detta città di optare per l'elezione diretta del proprio sindaco*». Il tempo trascorso – prosegue la Corte – ha tuttavia mostrato come quest'ultima possibilità fosse sostanzialmente irrealizzabile, sia per la complessità dell'iter procedurale a cui si sarebbe dovuto sottoporre il comune capoluogo, sia per la mancata approvazione della legge statale sul relativo sistema elettorale. A ciò si deve aggiungere, secondo la Corte, l'argomento secondo cui, poiché le province non sono state abolite e alle Città metropolitane sono attribuite anche le funzioni spettanti alle province (secondo una logica di assorbimento), non sono giustificate le differenze nel metodo elettorale così come non è giustificata la sottrazione del sindaco metropolitano (non sfiduciabile) da una responsabilità politica nei confronti degli altri organi (e nei confronti del corpo elettorale).

Non v'è dubbio che la città metropolitane abbiano oramai superato la fase di avvio: ad avviso della Corte era dunque «*urgente un riassetto degli organi... risultando del tutto ingiustificato il diverso trattamento riservato agli elettori residenti nel territorio della città metropolitana rispetto a quello delineato per gli elettori residenti nelle province*». Alla Corte era precluso un intervento manipolativo⁵³, ma la stringenza del monito era tutta concentrata nella sollecitazione ad un intervento legislativo “ur-

delle proprie comunità (i comuni e le regioni) e da enti a carattere associativo (come le unioni di comuni) o da enti i cui organi sono volutamente composti di sindaci e presidenti di unione (com'è per le città metropolitane). Enti tutti che hanno la funzione non di rappresentare direttamente le rispettive comunità, ma di facilitare e rendere coerente e razionale l'azione degli enti territoriali di primo livello, i comuni compresi nel loro territorio.

⁵³ Alla Corte era chiesto dal Giudice remittente un intervento che consentisse a tutti gli elettori della Città metropolitana di partecipare all'elezione del Sindaco metropolitano, richiesta giudicata inammissibile dalla Corte “*Trattandosi, nella sostanza, della richiesta di introduzione ex novo di una normativa elettorale, è pertanto evidente come l'ambito e i contorni dell'intervento richiesto fuoriescano dalle attribuzioni di questa Corte e siano demandati «soltanto al legislatore nella sua discrezionale valutazione con specifico riferimento agli aspetti anche di natura politica che connotano la materia elettorale» (sentenza n. 257 del 2010).*”.

gente”, essenziale per porre rimedio ad una condizione di immanente incostituzionalità del sistema di formazione degli organi della città metropolitana⁵⁴. Un monito al quale il Parlamento si è tuttavia sino ad ora sottratto, lasciando che le città metropolitane operino da un decennio in una condizione di disallineamento rispetto al parametro di legalità costituzionale, in una condizione che indubbiamente non favorisce il consolidamento di una figura imperfettamente disegnata. Un disegno imperfetto che, in ragione della centralità che mantiene il sindaco metropolitano (e con esso il comune centrale), non è riuscito neppure a ripensarsi – secondo un diverso plausibile modello – come una “ente federativo”, perciò amministrato da “*soggetti legittimati dal voto nei municipi*”⁵⁵, preposto al governo di questioni che incidono direttamente sul livello comunale ma presentano dimensioni di scala che travalicano i singoli comuni.

5. *Finalità generali e funzioni: il ruolo della Città metropolitana quale ente a competenze definite, orientate allo sviluppo*

La legge Del Rio definisce finalità e funzioni delle Città metropolitane⁵⁶ secondo uno schema che potremmo definire a strati. L'art. 1, II comma, della l. 56/2014, a delineare il ruolo delle Città metropolitane, elenca le finalità istituzionali generali dell'ente, facendo un riferimento diretto alla cura dello sviluppo strategico del territorio metropolitano, alla promozione e gestione integrata di servizi, di infrastrutture e reti di

⁵⁴ “La presa d'atto dell'esistenza di una pluralità di soluzioni astrattamente disponibili per porre rimedio a tale accertata situazione di incompatibilità con i richiamati parametri costituzionali (a partire dalla natura dell'elezione, diretta o indiretta, ovvero dall'introduzione di raccordi fiduciari tra organo consiliare e sindaco metropolitano), non può tuttavia esimere questa Corte dal sollecitare un intervento legislativo in grado di scongiurare che il funzionamento dell'ente metropolitano si svolga ancora a lungo in una condizione di non conformità ai richiamati canoni costituzionali di esercizio dell'attività politico-amministrativa”. Sul punto, G. GASPERONI, M. CAPOREALE, *Cinque anni dopo. Le disfunzionalità del sistema elettorale e la debole efficacia rappresentativa dei Consigli Metropolitani*, in www.federalismi.it.

⁵⁵ Citazioni da D. DONATI, *Dieci anni di Città metropolitane, tra debolezze, punti di forza e strategie*, in *What next?*, cit., 61; nella medesima direzione anche P. CAROZZA, *Le Province della post-modernità: la città territoriale*, in www.federalismi.it.

⁵⁶ G. PIPERATA, *Le funzioni della Città metropolitana (Commento ai commi 44, 45 e 46, dell'art. 1, l. 7 aprile 2014, n. 56)*, in *Il nuovo governo dell'area vasta*, cit., 137; Id., *Città metropolitane e nuovo governo provinciale: un disegno istituzionale ancora da completare*, in *Urban@it, Working papers, Città metropolitane e nuovi enti di area vasta: un primo bilancio*, cit., *passim*.

comunicazione (di scala metropolitana) nonché alla cura delle relazioni istituzionali, in particolare – come indica programmaticamente la legge – “*quelle con le città e le aree metropolitane europee*”. Il successivo art. 1, comma 44, della legge individua invece in termini consequenziali le corrispondenti funzioni amministrative fondamentali, a cui si assommano, da ultimo, ai sensi dei commi da 85 a 97 del medesimo art. 1, le funzioni ordinariamente spettanti alle Province, assorbite dalla Città metropolitana.

La legge – come detto – assegna alla città metropolitana «*finalità istituzionali generali*», enumerate e tipizzate. La formulazione del testo normativo presuppone e lascia trasparire una distinta consapevolezza da parte del legislatore della dimensione metropolitana, a cui sono strettamente correlate le finalità verso cui l'ente deve orientare la propria azione. Questo stesso riferimento è essenziale anche nella prospettiva della definizione del campo di operatività dell'ente di scala metropolitana e del riparto rispetto alle funzioni attribuite, rispettivamente, alla regione e al comune, ossia verso l'alto e verso il basso nella scala della sussidiarietà.

Dietro il testo della legge traspare l'idea che la dimensione metropolitana non costituisca un dato strutturale acquisito, bensì una condizione socio-economica da rafforzare costantemente mediante scelte territoriali, infrastrutturali e di articolazione dei servizi tese a favorire sia le dinamiche di flusso, sia il mix e la ottimale distribuzione delle funzioni (pubbliche e private) che generano e implementano, in un processo di continua autopoiesi (solo in parte determinata dall'intervento pubblico) il complessivo sistema metropolitano. Il richiamo a una tale concezione della dimensione metropolitana si coglie tanto nel riferimento allo sviluppo del territorio metropolitano in chiave strategica, formula a cui è sotteso l'obiettivo di scelte territoriali vocate alla localizzazione delle funzioni e delle infrastrutture tese a favorire condizioni favorevoli per i funzionamenti propri di un sistema dinamico ad elevata complessità-attrattività, in stretta e non disgiungibile connessione con l'obiettivo della promozione e gestione di servizi, infrastrutture e reti di comunicazione, che costituiscono le dorsali e la nervatura della piattaforma territoriale metropolitana, secondo un disegno orientato, appunto, alle specifiche esigenze del sistema metropolitano (e non ai bisogni di prossimità degli abitanti, al cui soddisfacimento sono preposti i comuni). Si delinea quindi un obiettivo di rafforzamento della piattaforma territoriale in vista della ottimale allocazione di funzioni ‘rare’ (centri di ricerca, luoghi della cultura, aeroporti, poli fieristici, sanità d'eccellenza, etc.) e di articolazione delle reti quali gangli di una trama progettata per creare le condizioni di sviluppo (e di attrazione) delle funzioni ‘forti’ e per assicurare connessioni entro l'area metropolitana. In

termini complementari, con ulteriore formula espressiva di una concezione del sistema metropolitano come valore (anche immateriale) differenziato da promuovere entro reti lunghe con altri poli e nella competizione tra territori per l'attrazione di opportunità di sviluppo (economico, culturale, etc.), suona il richiamo alla cura delle relazioni istituzionali con altre città europee (quasi una 'politica estera'), a riconoscere che la dimensione metropolitana non si declina nello spazio circoscritto di un autopolo bensì – come indicano tutti gli studi dei fenomeni socio-economici⁵⁷ – entro fitte reti di scambi e di condivisione di agende tra sistemi urbani evoluti (ne sono esempi le innovative proposte formulate dal *C40 Cities Climate Leadership Group*⁵⁸, collettivo che riunisce alcune tra le grandi città del continente, e il progetto europeo *100 carbon neutral and smart cities by 2030*). Naturalmente, le strategie delle città metropolitane, lungi dal concentrarsi unicamente sulle funzioni più attrattive (produttive, direzionali, commerciali, logistica, data center, etc. e sui correlativi bisogni di infrastrutture e servizi), devono necessariamente guardare anche alle diseguaglianze e alle perifericità (variamente presenti in ognuna delle aree metropolitane⁵⁹). Condizioni rispetto alle quali si pone una esigenza di intervento pubblico pro-coesivo di riattivazione e riequilibrio⁶⁰, onde garantire adeguati livelli di inclusività e assicurare che in ogni parte dell'area urbana i cittadini possano beneficiare di eguali opportunità, per effetto di una omogenea distribuzione delle centrali erogative di servizi (su questo piano rileva anche la capacità della Città metropolitana di orientare l'azione dei comuni) e del rafforzamento dei sistemi di mobilità entro l'areale metropolitano.

Il complesso di queste formule, atte a delineare un preciso nucleo di obiettivi al cui perseguimento è preposta la Città metropolitana, delinea

⁵⁷ S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Bologna, 2006.

⁵⁸ Notizie sulle iniziative, sui piani e sulle adesioni in <https://www.c40.org>.

⁵⁹ K. LELO, S. MONNI, F. TOMASSI, *Le mappe della diseguaglianza. Una geografia sociale metropolitana*, Roma, 2019.

⁶⁰ M. BROCCA, *Coesione territoriale e città metropolitana*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, Firenze, 2016, 156; *Governare Milano nel nuovo millennio*, a cura di A. ANDREOTTI, Bologna, 2019; *Territori in bilico. Coesione sociale e sviluppo sostenibile nella metropoli policentrica*, a cura di M. COLLEONI, Bologna, 2022; sullo specifico della strutturazione sociale del quadrante romano: K. LELO, S. MONNI, F. TOMASSI, *Le sette Rome. La capitale delle diseguaglianze raccontata in 29 tappe*, Roma, 2021; in termini più generali sulla condizione delle periferie urbane, E. BOSCOLO, *Le periferie e i fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. IMMORDINO, G. DE GIORGI CEZZI, N. GULLO, M. BROCCA, Napoli, 2020, 71; *Periferia e periferie*, a cura di L. FREGOLENT, Roma, 2008; A. PETRILLO, *Peripherien: pensare diversamente la periferia*, Milano, 2013.

il profilo di un ente fortemente specializzato⁶¹, diverso dal paradigma dell'amministrazione a competenza generale (il comune): si è concluso nel senso che il nuovo ente «*non è un ente a fini generali, né ha l'obiettivo di rappresentare una comunità*»⁶². Si può tuttavia osservare che la Città metropolitana esercita funzione su un territorio e ne promuove lo sviluppo, con una competenza generale finalizzata ad uno specifico obiettivo⁶³.

Un riflesso e una conferma di quanto osservato si ritrova nella elencazione delle funzioni fondamentali che, nello schema a strati, costituisce corollario degli obiettivi generali e identifica fasci di azioni tese a garantire effettività al perseguimento delle finalità di fondo dell'ente. Nell'art. 1, comma 44, della legge, si parla dunque:

a. di adozione e aggiornamento annuale di un piano strategico triennale del territorio;

b. di pianificazione territoriale generale, estesa alle strutture di comunicazione, alle reti di servizi e delle infrastrutture riconducibili alla competenza della comunità metropolitana, anche mediante la fissazione di vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano;

d. della strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici e dell'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano⁶⁴;

e. di mobilità e viabilità, anche assicurando la compatibilità e la coerenza della pianificazione urbanistica comunale nell'ambito metropolitano;

f. di promozione e il coordinamento dello sviluppo economico e so-

⁶¹ D. DONATI, *Città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, Milano, 2023 osserva che la selezione di obiettivi generali operata a priori dalla legge per taluni versi tenga luogo delle scelte che, in un sistema a elezione popolare diretta, discenderebbero dal mandato elettorale a un candidato: «*Ne risulta una politicità condizionata, non piena, che si esprime – attraverso la mediazione di interessi locali – rispetto a finalità che la legge circoscrive e sancisce come proprie dell'ente metropolitano*».

⁶² F. PIZZETTI, *La legge Del Rio: una grande riforma in un cantiere aperto. il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle province*, cit., 6.

⁶³ In tal senso già G. PIPERATA, *La Città metropolitana nel sistema dei poteri pubblici secondo il giurista*, cit., *passim*.

⁶⁴ Va tuttavia considerato che taluni servizi pubblici locali (dal servizio idrico integrato ai servizi di igiene pubblico o di trasporto pubblico locale) sono articolati secondo criteri di bacinizzazione che non fanno registrare necessariamente (e non ovunque) una coincidenza con il perimetro territoriale della Città metropolitana: in termini riassuntivi, M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Milano, 2022, 1086.

ziale, anche assicurando sostegno e supporto alle attività economiche e di ricerca innovative e coerenti con la vocazione della città metropolitana come delineata nel piano strategico del territorio di cui alla lettera a);

g. di promozione e di coordinamento dei sistemi di informatizzazione e di digitalizzazione in ambito metropolitano.

Specie nella previsione di un piano strategico e nella previsione di un piano territoriale generale si colgono i tratti di una funzionalizzazione dell'azione dell'ente in direzione della creazione di condizioni (di visione, pianificazione e infrastrutturazione) per un continuo rafforzamento del ruolo del sistema metropolitano quale sistema di sistemi interconnessi (economico, insediativo-sociale, ambientale, etc.), entro cui trovano spazio tanto più tradizionali funzioni esercibili mediante comandi imperativi quanto iniziative partenariali e di sostegno e stimolo all'innovazione economica⁶⁵.

Conviene dunque esaminare più approfonditamente questi strumenti.

6. *Il Piano strategico e le forme di esercizio delle funzioni*

L'indicazione chiaramente espressa dalla legge 56/2014 circa la centralità nell'azione della città metropolitana del piano strategico volto allo sviluppo definisce il profilo connotativo delle modalità di esercizio delle funzioni da parte dell'ente metropolitano⁶⁶. La pianificazione strategica ha alle spalle una storia non breve⁶⁷ ed è stata praticata su base volontaria da una lunga serie di enti impegnati nel coordinamento di politiche diverse (dagli esempi di San Francisco e Barcellona a quello, molto noto,

⁶⁵ *Città metropolitane e nuove aree vaste: dinamiche e prime esperienze*, in Urban@it, *Secondo Rapporto sulle città. Le agende urbane delle città italiane*, Bologna, 2017, 179.

⁶⁶ D. DONATI, *Primi appunti per un inquadramento giuridico della pianificazione strategica*, in *Il nuovo governo dell'area vasta, commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, cit., 140, osserva che la pianificazione strategica, quale prima tra le funzioni fondamentali delle Città metropolitane, non rappresenta soltanto un'attribuzione di competenza, ma assume il significato più ampio di una precisa caratterizzazione, organizzativa e funzionale, dei nuovi enti d'area vasta.

⁶⁷ G. PERULLI, *Il piano strategico metropolitano*, Torino, 2015; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Torino, 2001; F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012; G. IACOVONE, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, 2010, con ampi riferimenti alla pianificazione strategica nel governo del territorio (e un riferimento alla l.r. Umbria 26 giugno 2009, n. 13 che ha istituito il Piano urbanistico strategico di scala regionale, su cui A. BARTOLINI, *Linee evolutive della pianificazione regionale di area vasta in Umbria*, in www.pausania.it).

di Torino, quelli di Genova, Firenze, Bari, etc.⁶⁸). La legge 56/2014 istituzionalizza il piano strategico⁶⁹ e prevede che tutte le azioni della città metropolitana siano il precipitato di una visione e di una strategia di fondo tesa ad orientare l'esercizio delle funzioni nella univoca direzione del rafforzamento dell'efficienza e dell'attrattività (economica ma anche sociale) del sistema metropolitano. Un documento che segna il 'verso' orientato allo sviluppo e, in termini più puntuali (e riscontrabili), definisce temi, scenari e priorità delle politiche non solo dell'ente ma anche dei comuni dell'area metropolitana (divenendo in tal modo una sorta di agenda generale condivisa dell'intero arcipelago istituzionale metropolitano). In tal senso si esprime lo Statuto della Città metropolitana di Milano, che assegna al piano strategico il compito di determinare «*gli obiettivi, graduati nel tempo, di promozione e coordinamento dello sviluppo economico e sociale che la città metropolitana si propone di conseguire mediante la propria azione diretta nonché attraverso il coordinamento dell'azione delle altre amministrazioni pubbliche, delle autonomie funzionali, delle forze economiche e sociali e di soggetti privati operanti in forma di impresa, e ciò «tenendo conto delle politiche pubbliche europee, nazionali e regionali»*. Sempre secondo lo Statuto, spetta al piano strategico individuare «*gli specifici strumenti dell'azione della città metropolitana per la promozione dello sviluppo economico e sociale e reca le opportune indicazioni da sviluppare nel piano territoriale metropolitano*»: il piano strategico deve dunque delineare le coordinate di azione finalizzate allo sviluppo, ossia all'innescio di un processo di costante crescita delle condizioni di competitività del sistema territoriali, economico e sociale, nel rispetto dei valori identitari e ambientali, e nella prefigurazione di tale quadro di azioni coordinate il piano deve aprirsi al dialogo e alla collaborazione sia con le altre amministrazioni sia con le rappresentanze del mondo economico e della società civile. Il piano strategico, traduce quindi la finalizzazione dell'attività dell'ente di scala metropolitana verso lo sviluppo in una serie di obiettivi di maggior dettaglio, con deduzione di linee di azioni contestualizzate e, nel passaggio dal livello finalistico a quello strategico, pone le premesse (vincolanti) per l'assunzione di decisioni e iniziative

⁶⁸ D. CAVENAGO, *Città e piano strategico. Percorsi di governance del territorio, esperienze italiane ed internazionali*, Milano, 2004.

⁶⁹ F. FURLAN, *La pianificazione strategica tra teoria e prassi*, in *What next?*, cit., 267; L. SALVIA, *Pianificazione strategica e indirizzo politico nelle Città metropolitane alla luce della riforma "Delrio" (legge 56 del 2014)*, in *Rivista AIC*, 2016.

operative sui diversi versanti di azione. Il piano strategico ha quale prima destinataria l'amministrazione metropolitana ma, per il proprio carattere aperto e programmatico, si rivolge anche all'esterno: in primo luogo alle altre amministrazioni, per coordinare le azioni verso obiettivi e politiche comuni, ma anche in direzione della società civile, per indicare ambiti di possibili azioni partenariali con rappresentanti di specifici settori economici, con autonomie funzionali, centri di ricerca, organismi del terzo settore, etc.

Va sottolineato che la l. 56/2014 tratteggia il profilo di un piano di durata triennale ma rivedibile annualmente. Questa indicazione va nel senso della prefigurazione di piano a carattere processuale e prefigurativo, espressione cioè di indicazioni con funzione di indirizzo⁷⁰, suscettibili di revisione ad esito di un continuo monitoraggio e di una ciclica valutazione degli effetti prodotti ovvero delle conseguenze del sopravvenire di circostanze non prevedibili all'atto dell'approvazione⁷¹. Un piano che, ad ogni tornata revisionale annuale programmata, torna ad essere integrabile dal basso e dall'esterno (ossia dai comuni e dalle parti con cui l'ente struttura relazioni). Il piano strategico, in una parola, assume dunque carattere adattivo e le indicazioni che ne discendono presentano carattere fisiologicamente in quanto formulate rispetto a temi e contesti in cui si riscontra una ineliminabile incertezza che suggerisce di evitare formulazioni chiuse e conclusive, secondo modellistiche che richiamano un filone di studi sull'*adaptive management*⁷² e conferiscono alla funzione

⁷⁰ Statuto Città metropolitana di Bologna, art. 12, I comma, secondo cui: "Nel piano strategico si definiscono gli obiettivi generali, settoriali e trasversali di sviluppo nel medio e lungo termine per l'area metropolitana, individuando le priorità di intervento, le risorse necessarie al loro perseguimento e il metodo di attuazione".

⁷¹ Statuto Città metropolitana di Bologna, art. 12, commi IV e V, secondo cui: "L'attività della Città metropolitana, così come quella delle Unioni e dei Comuni compresi nel suo territorio, per quanto riguarda le attività previste nel piano strategico metropolitano, è oggetto di azioni periodiche di monitoraggio e di valutazione in relazione agli obiettivi determinati nel piano strategico".

In relazione ai cambiamenti intervenuti e ai risultati conseguiti, il Sindaco metropolitano sottopone al Consiglio metropolitano le proposte di revisione e adeguamento del Piano strategico".

⁷² C.S. HOLLING, *Adaptive Environmental Assessment and Management*, cit., *passim*; C.J. WALTERS, *Adaptive Management of Renewable Resources*, cit., *passim*; B.K. WILLIAMS, *Adaptive Management of Natural Resources – Framework and Issues*, in *Journal of Environmental Management*, 2011, 1346; C.R. ALLEN, J.J. FONTAINE, K.L. POPE, A.S. GARMESTANI, *Adaptive Management for a Turbulent Future*, in *Journal of Environmental Management*, 2011, 1339. In termini riassuntivi del dibattito internazionale e con puntua-

di pianificazione strategica un caratteristico andamento circolare. Va poi sottolineato che il piano strategico presenta graduazioni di precettività variabili nei diversi capitoli in cui si articola lo strumento, con previsioni più puntuali e definite, a cui si associano indicatori di funzione oltre che di risultato, indirizzate ai diversi settori della Città metropolitana, e con previsioni di risultato, obiettivi (e regole) di negoziazione e previsioni di matrice incentivale, nei capitoli riferiti alle relazioni con i comuni tese al coordinamento di azioni e politiche e a quelli riservati alla dialettica con gli ulteriori stakeholders, pubblici e privati. Un capitolo del piano strategico è poi riservato alla formulazione di principi generali a cui deve attenersi l'azione dell'ente e, soprattutto, ai contenuti che devono trovare un'attuazione spazializzata attraverso il piano territoriale metropolitano, che costituisce una proiezione attuativa del piano strategico.

Si è fatto riferimento alle dimensioni procedurali e ai rapporti che la Città metropolitana deve intessere con un complesso novero di soggetti. Poiché il piano strategico – come detto – ha quali destinatari diretti anche i comuni rispetto a singole azioni, è essenziale il coinvolgimento anche di tutte le amministrazioni comunali nel procedimento di formazione dello strumento⁷³. Gli statuti delle diverse Città metropolitane riservano inoltre ampio spazio a istituti di partecipazione di nuovo conio: lo statuto della Città metropolitana di Milano ha previsto l'istituzione del Forum metropolitano della società civile (art. 14), sede di confronto «*ampio e plurale fra la città metropolitana e la sua comunità locale, a partire dalle rappresentanze del mondo della cultura, del lavoro e dell'imprenditoria, nonché del mondo delle autonomie funzionali, dell'associazionismo e del terzo settore*», chiamato ad esprimere contributi circa le prospettive di

li richiami ai margini di ridisegno della normativa amministrativistica italiana, E. FURIOSI, *Toward an Adaptive Administrative Procedure in the Italian Legal System: Insights from the U.S. Model Adaptive Management Procedure Act*, in www.ceridap.it, ove è presentato, tra gli altri, il modello di amministrazione denominato *Model Adaptive Management Procedure Act* (noto con l'acronimo MAMPA), delineato nel 2014 da R.K. CRAIG AND J.B. RUHLE (R.K. CRAIG, J.B. RUHL, *Designing Administrative Law for Adaptive Management*, in *Vanderbilt Law Review*, 2014, 1 e, con specifico riferimento alle risorse territoriali, J.B. RUHL, J. SALZMAN, *Ecosystem Services and Federal Public Lands: A Quiet Revolution in Natural Resources Management*, in *University of Colorado Law Review*, 2020, 91).

⁷³ Lo Statuto della Città metropolitana di Milano (art. 34, IV comma,) prevede che «*La Città metropolitana assicura la partecipazione dei comuni e delle unioni di comuni, organizzati attraverso le zone omogenee, alla formazione e all'aggiornamento del piano strategico mediante apposite conferenze di programmazione nonché mediante il parere della Conferenza metropolitana*».

sviluppo della città metropolitana⁷⁴; la Città metropolitana di Bologna ha invece istituito il Consiglio di Sviluppo per il Piano Strategico Metropolitano, organismo di confronto con le diverse componenti della società bolognese, chiamato a riunirsi in seno al procedimento di approvazione del piano strategico⁷⁵.

7. *I piani territoriali metropolitani: strumenti adattivi e laboratori di sperimentazioni perequativo-concertative*

La realtà effettuale fa registrare un grande ritardo delle Città metropolitane rispetto all'approvazione del rispettivo Piano territoriale metropolitano, ossia del piano territoriale generale mediante il quale viene coordinata l'attività di pianificazione urbanistica dei comuni (in ciò il PTM assorbe la funzione del PTCP di competenza provinciale), deve essere garantita attuazione alle previsioni con riflessi territoriali del Piano strategico e si dà concreta attuazione alle scelte di matrice propriamente urbanistica (ambientali, insediative, infrastrutturali, etc.) essenziali per il rafforzamento del sistema metropolitano, assunte direttamente dalla Città metropolitana. In proposito, va rimarcato che, a differenza del PTCP (piano di direttive⁷⁶), a cui si è appena fatto cenno, il PTM costituisce un piano generale, ossia uno strumento in grado di esprimere regole immediatamente conformative (in termini prevalenti e sostitutivi rispetto ai contenuti dei piani comunali) in relazione a temi, profili e contesti di rilevanza metropolitana (è il caso della previsioni di particolari infrastrutture o di soluzioni di azionamento da riservare a funzioni essenziali per lo sviluppo metropolitano come la logistica o, più di recente, i data

⁷⁴ Il Forum assume un ruolo formalizzato anche in fase di formazione e revisione del piano strategico milanese, come previsto dall'art. 34, V comma, dello Statuto: "*La Città metropolitana si confronta, nell'elaborazione e nell'aggiornamento del piano strategico, con le autonomie funzionali, con le forze economico-sociali e gli operatori di settore, con le associazioni culturali e ambientaliste e, più in generale, con i cittadini sui quali il piano produce i suoi effetti, in particolare nel Forum metropolitano della società civile previsto all'art. 14*".

⁷⁵ Città metropolitana Bologna, Protocollo d'intesa per la costituzione del "Consiglio di sviluppo per il piano strategico metropolitano (psm)" tra la Città metropolitana di Bologna e gli attori economici e sociali e le amministrazioni non territoriali, 15 dicembre 2017.

⁷⁶ G. GARZIA, *I piani territoriali di coordinamento regionali e provinciali: vigore, efficacia ed effetti*, in *Riv. giur. urban.*, 2003, 452; F.C. RAMPULLA, A. SEMERARO, *La pianificazione provinciale tra legge nazionale e legislazione regionale*, in *Riv. giur. urban.*, 1998, 59; L. MAZZAROLLI, *Urbanistica e pianificazione provinciale*, in *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore*, a cura di G. Caia, Rimini, 2001, in part., 12.

center, l'edilizia per la popolazione universitaria, etc.) ovvero per fornire la base ad azioni di perequazione territoriale.

Occorre parlare di un ritardo strutturale, poiché solo le realtà milanese e bolognese sono giunte, peraltro da tempo, all'approvazione del rispettivo PTM (e hanno già dato spessore ad una prima stagione di attuazione): si tratta di due piani che rappresentano le punte più avanzate entro le dinamiche di rinnovamento delle pratiche di pianificazione di area vasta.

È da ricordare che le Città metropolitane hanno sottoscritto, sin dal giugno 2017, la Carta di Bologna. Un documento, estremamente ambizioso, che prende le mosse dalla consapevolezza di come la scala metropolitana consenta l'attivazione di politiche ambientali efficienti e di come proprio nei territori metropolitani, fortemente urbanizzati, il territorio e l'ambiente siano sottoposti a pressioni sovente superiori alla capacità di carico delle matrici. La Carta costituisce dunque un'assunzione di responsabilità delle amministrazioni metropolitane su una serie di temi cruciali, quali lo sviluppo di un'economia circolare. In termini concreti, le Città metropolitane si sono impegnate a raggiungere obiettivi come il riciclo del 70% dei rifiuti entro il 2030, portando la raccolta differenziata ad almeno il 70% nel 2025 e all'80% nel 2030, la tutela del territorio agro-naturale, con riduzione del 20% il proprio consumo netto di suolo al 2020, e la promozione di politiche urbanistiche per la rigenerazione urbana. La Carta subordina ogni ulteriore sviluppo urbanistico alla presenza di una adeguata offerta di trasporto pubblico sostenibile (*Transit Oriented Development*) e dei principali servizi⁷⁷. Seguono impegni sul versante della transizione energetica, dall'adozione di misure di livello locale (quali blocchi del traffico, ZTL, *congestion charges*), sino alla promozione di modelli sostenibili di produzione di energie da fonti rinnovabili e misure di contenimento dei consumi idrici. Alla base della Carta vi è l'idea che oggetto di interventi

⁷⁷ Il modello Tod e la sua trasferibilità al contesto italiano: il contributo delle città metropolitane, in Urban@it, *Ottavo Rapporto sulle città. Mobilità & Città: verso una post-car city*, Bologna, 2023, 47; L. STARICCO, E. VITALE BROVARONE, *Promoting TOD Through Regional Planning. A Comparative Analysis of Two European Approaches*, in *Journal of Transport Geography*, 2018, 45; ID., *Transit Oriented Development e pianificazione metropolitana: esplorazioni verso un'agenda di ricerca*, in *Territorio*, 2022, 99. Una prima applicazione in tal senso, diretta applicazione delle indicazioni del PTM di Città metropolitana di Bologna, può essere rintracciata nel PUG del Comune di Bologna che prevede – con norma già vigente – che il 70% dei potenziali residenti dei nuovi insediamenti debba avere accesso diretto alle linee del TPL (300 mt. lineari dalle fermate del TPL e 600 mt. lineari dalle stazioni ferroviarie metropolitane con accessibilità garantita da percorsi pedonali e ciclabili), intervenendo in tal modo direttamente sulle scelte di densificazione

di tutela e di innalzamento della generatività ecosistemica non debbano essere unicamente i grandi areali ma anche i contesti densamente urbanizzati, dei quali occorre ridurre l'impronta ambientale, anche mediante depavimentazioni e interventi sul costruito in grado di ridurre la bolla di calore urbano e di garantire il drenaggio sostenibile delle acque meteoriche. L'obiettivo assegnato dalla Carta è rappresentato dal raddoppio entro il 2030 della superficie media di verde urbano per abitante, arrivando a 30 mq per abitante (2/3 in più rispetto al 2014), anche mediante l'incentivazione dell'inserimento della componente vegetale nelle sostituzioni edilizie e nelle nuove edificazioni. Infine, sul fronte della mobilità sostenibile e dei metabolismi urbani, le Città metropolitane si sono impegnate a raggiungere almeno il 50% del riparto modale tra mezzi privati e altre forme di mobilità addirittura entro il 2020⁷⁸.

I due piani, quello milanese e quello bolognese, sui quali si può soffermare l'analisi, presentano profili innovativi innanzitutto sul versante dei temi: si tratta di piani di area vasta nei quali si colgono i tratti di un nuovo modo di guardare al suolo a partire da una dettagliata ponderazione del ventaglio di servizi ecosistemici essenziali generati dalla matrici e della biodiversità sostenuta dalle reti ecologiche, da un impegno a garantire l'uguaglianza delle opportunità entro i quadranti differenziati che compongono l'area metropolitana, in nome in un principio di giustizia spaziale⁷⁹, e da una messa al centro delle azioni per la mitigazione e l'adattamento agli effetti del cambiamento climatico.

I due PTM vigenti presentano ulteriori profili comuni, innanzitutto per il ruolo riservato alla conoscenza territoriale 'diagnostica', da cui discendono direttamente, in termini ampiamente vincolati, riconoscimento di invarianti e coordinate pianificatorie.

Rispetto al tema-suolo, il PTM Bologna⁸⁰, sulla scia della legge urbanistica emiliano-romagnola (l.r. 24/2017), opera una scelta radicale

⁷⁸ M. COLLEONI, *Mobilità e trasformazioni urbane. La morfologia della metropoli contemporanea*, Milano, 2019.

⁷⁹ G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione urbana come metodo di pianificazione urbana*, in *www.federalismi.it*, 2024; M. DE DONNO, *Il ruolo delle città e la giustizia spaziale: profili e conseguenze istituzionali, organizzative e distributive*, in *Il protagonismo delle città*, cit., 255. Tra gli autori più impegnati sul tema, il già citato E. W. SOJA, *Seeking Spatial Justice*, Minneapolis, 2010; F. GOVERNA, *La città delle differenze e le "questioni" di giustizia (spaziale)*, in *Riv. geogr. ital.*, 2014, 347.

⁸⁰ A. DELPIANO, *Appunti di storia dei primi dieci anni della Città metropolitana di Bologna*, in *What next?*, cit., 253.

riallocazione della funzione e avoca allo strumento metropolitano, di scala coerente con l'estensione delle continuità areali ecosistemiche, la disciplina conformativa (in senso custodiale, di rigorosa tutela) di tutti i suoli extraurbani non ancora impermeabilizzati, sottratti in tal modo alle scelte parcellizzate dei singoli comuni⁸¹. Dei suoli agro-naturali sono state preventivamente valutate le attitudini alla generazione di una articolata gamma di servizi ecosistemici (come anche le 'minacce' e i fattori di pressione) entro il documento di VALSat (ossia di valutazione ambientale strategica)⁸², che costituisce componente integrante del piano e da cui sono derivate qualificazioni statutarie riprese coerentemente nella parte dispositiva. Del pari, merita un cenno l'attenzione al tema della mobilità che vede il PTM operare in stretta integrazione con il PUMS anch'esso di scala metropolitana⁸³, entro la cornice delle indicazioni espresse dal Piano strategico. Va ricordato che il PTM incide su una trama istituzionale costituita da una serie di unioni tra comuni, con una lunga storia di collaborazioni e di pianificazione sovracomunali⁸⁴. Questa condizione ha facilitato la strutturazione di un efficiente sistema di perequazione territoriale⁸⁵. È stato istituito a tal fine (sempre per effetto della l.r. 27/2014) un Fondo perequativo metropolitano, alimentato con il 50% dei contributi costruttivi (oneri di urbanizzazione secondari, eventuali

⁸¹ Questa scelta anticipa quanto ora previsto dalla recente Direttiva (EU/2025/2360) *Soil Monitorig*, approvata dal Parlamento UE il 23 ottobre 2025, che prevede l'allocazione delle funzioni di tutela dei suoli alla scala di istituendo 'Distretti del suolo', da disegnare secondo perimetri ricalcati fisiocraticamente sulle ecoregioni

⁸² In fase di elaborazione del rapporto ambientale che ha accompagnato la redazione del PTM Bologna è stato redatto un documento denominato "*Quadro conoscitivo del suolo – RER servizio geologico, sismico e dei suoli*" che contiene una analitica descrizione-classificazione dei suoli extraurbani metropolitani.

⁸³ T. BONETTI, *La città (metropolitana) di Bologna*, in *Il protagonismo delle città*, cit., in part., 178-180, il quale sottolinea, giustamente, il dato secondo cui Città metropolitana di Bologna ha perseguito il rilevante obiettivo "*di un PUMS elaborato alla scala metropolitana... attraverso il PUMS, e in questo risiede forse l'elemento di maggiore interesse, si è pertanto tentato di costruire una politica metropolitana, provando a ricomporre in chiave unitaria e sinergica le complesse dinamiche della mobilità nell'ottica di ridurre le emissioni di gas climalteranti e l'incidentalità stradale sia di assicurare un efficientamento dei sistemi per la mobilità sostenibile e transizione ecologica*".

⁸⁴ R. SCANNAVINI, V. CIONI, *Bologna ricomposta. La città metropolitana e le sue tre periferie*, Milano, 2024.

⁸⁵ V. FERRI, *La perequazione territoriale nella Città metropolitana di Bologna*, in *www.urban@it*. In termini più generali, D. DONATI, *Città strategiche. L'amministrazione dell'area metropolitana*, Milano, 2023.

contributi straordinari, monetizzazione di aree non cedute, etc.) derivati dalle trasformazioni che intervengono nell'intera area metropolitana. Il Fondo, gestito direttamente dalla Città metropolitana, impiega le risorse (notevoli) finanziarie che vi convergono principalmente per la promozione di interventi di rigenerazione urbana su beni pubblici (selezionati tramite bandi), soprattutto nei quadranti meno attrattivi, ove i margini di sostenibilità economica sarebbe più difficilmente raggiungibili⁸⁶.

Il PTM Milano (approvato nel 2021)⁸⁷, incide su un territorio densamente urbanizzato e industrializzato, oggetto di accelerate dinamiche evolutive⁸⁸. Il quadrante milanese ha assunto un assetto propriamente metropolitano in termini anticipati e non comparabili con quanto accaduto in altri contesti italiani. Il risultato è stato il consolidamento di nessi di dipendenza tra comuni di cintura e città centrale tipici dei processi di suburbanizzazione e la cristallizzazione di rigide gerarchizzazioni di ruoli e funzioni tra territori⁸⁹, secondo un modello insediativo che ha generato saldature e *sprawl* (la 'città infinita'⁹⁰). Questo modello insediativo si è tuttavia spontaneamente ridisegnato negli ultimi decenni secondo dinamiche (ancora in corso) caratteristiche di un diverso fenomeno di regionalizzazione funzionale urbana⁹¹, da cui riemerge un sistema prettamente policentrico, che fa dell'area milanese un *unicum* nel panorama delle quindici città metropolitane italiane. Una estesa

⁸⁶ Delibera del Consiglio metropolitano n. 18 del 26 maggio 2021, modificata con Delibera n. 36 del 27 luglio 2022, recante approvazione del *Regolamento per la gestione del fondo perequativo metropolitano*.

⁸⁷ E. BOSCOLO, *Il piano territoriale metropolitano milanese: concertazione e obiettivi transizionali*, in ITALIADECIDE, *Rapporto 2024, Il futuro della città pubblica. Innovazioni, diritti, mercati*, Bologna, 2024; ID., *Il Piano territoriale Metropolitano milanese: impostazione concertativa e obiettivi transizionali*, in *What next?*, cit., 189; I. S. BOTTO, *La pianificazione territoriale metropolitana*, in *What next?*, cit., 217.

⁸⁸ V. FEDELI, D. CORVI, P. NOBILE, *La Città metropolitana di Milano*, in *Pianificare le città metropolitane in Italia. Interpretazioni, approcci, prospettive*, cit., 94; sul paradigma della città-regione applicato al quadrante milanese, A. BALDUCCI, V. FEDELI, F. CURCI, *Milano, oltre la metropoli*, in *Oltre la metropoli. L'urbanizzazione regionale in Italia*, cit., 40.

⁸⁹ G. MARTINOTTI, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, cit., *passim*; G. NUVOLATI, *Popolazioni in movimento, città in trasformazione*, Bologna, 2002; ID., *Lezioni di sociologia urbana*, Bologna, 2011.

⁹⁰ *La città infinita*, a cura di A. Bonomi, A. Abruzzese, Milano, 2004.

⁹¹ Si vedano, *in primis*, le riflessioni fondamentali sulla *post-metropoli* di E. W. SOJA, *Dopo la metropoli. Per una critica della geografia urbana e regionale*, Bologna, 2007; V. FEDELI, *Invisibile o inaudibile: processi di regionalizzazione dell'urbano nel silenzio delle istituzioni*, in *La città invisibile. Quello che non vediamo sta cambiando la metropoli*, a cura di A. Balducci, Milano, 2023, 187.

area funzionale entro cui si registrano significative redistribuzioni di vocazionalità e piattaforme erogative di servizi tra il nucleo centrale e i quadranti territoriali più densificati e connessi, parte costitutiva e non più soltanto marginale di un sistema che sta progressivamente sostituendo l'originario impianto 'milanocentrico'. Un territorio nel quale tuttavia al tasso di urbanizzazione non corrispondono ovunque adeguati livelli di urbanità, nel quale si fanno dunque sempre più forti le istanze di giustizia spaziale⁹², si accentua il disagio abitativo e, accanto ai luoghi dell'innovazione, si manifestano bisogni emergenti, nuove povertà e forme di esclusione. Un territorio in cui si rendono del pari evidenti la dipendenza ambientale da servizi ecosistemici generati in un quadrante più esteso (e dalle aree verdi che pur permangono nella fascia del Ticino e nella parte sud ancora agricola), unitamente alla estrema vulnerabilità agli effetti del cambiamento climatico entro contesti fortemente artificializzati, con risposte peraltro differenziate nei diversi sottosistemi, tanto da far parlare di un territorio climaticamente segmentato⁹³. Uno spazio le cui articolazioni funzionali (le reti che determinano i flussi⁹⁴) e la cui impronta ambientale non coincidono affatto con i confini della cessata Provincia di Milano (dalla quale nel tempo si era distaccati per via amministrativa i territori lodigiani e monzese-bianzolo)⁹⁵, per estendersi entro un'area propriamente sovraregionale. Il territorio *post-metropolitano* appare dunque come una città-di-città, "*una città policentrica e plurale, spazio articolato di interazione tra diverse importanti città con storie e ruoli differenziati*"⁹⁶.

⁹² N. PANICHELLA, *Diseguaglianze territoriali e stratificazione sociale*, in *Il Mulino*, 2022, 61.

⁹³ R. MEZZALAMA, *Il clima che cambia le città*, in *Le città invisibili. Quello che non vediamo sta cambiando le metropoli*, cit., 3; F. MUSCO, E. ZANCHINI, *Il clima cambia le città. Strategie di adattamento e mitigazione nella pianificazione urbanistica*, Milano, 2022; M. RUSSO, L. FABIAN, E. MORELLO, F. MUSCO, *La resilienza al cambiamento climatico come paradigma dell'Agenda urbana*, in *Le agende urbane delle città italiane*, Bologna, 2017, 231.

⁹⁴ Si pensi solo a come, per effetto dei collegamenti veloci che accorciano tempi-distanze, stiano prendendo forma nuovi modelli di organizzazione funzionale lungo l'asse tra Milano e Torino, che si aggiunge agli sviluppi lineari continui lungo l'asse del Sempione verso nord, verso la Via Emilia a sud e verso il Veneto a est.

⁹⁵ Confini dai quali erano state (frettolosamente) estrapolate nei decenni scorsi le Province di Lodi e Monza-Brianza, che sono invece parte organica del *continuum post-metropolitano* e sui quali è stato, altrettanto frettolosamente, riproposto dalla l. 56/2014 il perimetro della città metropolitana: F. ADOBATI, V. FERRI, F. C. PAVESI, *Dentro e fuori le Città metropolitane: un'analisi della domanda di governo urbano*, in *Italia 45 – 45. Radici, Condizioni, Prospettive*. Atti della XVIII Conferenza Nazionale SIU Società Italiana degli Urbanisti, Venezia, 11-13 giugno 2015, Roma-Milano, 2015.

⁹⁶ A. BALDUCCI, V. FEDELI, F. CURCI, *Milano, oltre la metropoli*, in *Oltre la metropoli. L'urbanizzazione regionale in Italia*, cit., 40.

I temi ambientali e climatici, le strategie per il rafforzamento dell'attrattività territoriale nonché le soluzioni di riequilibrio tra quadranti territoriali campeggiano dunque nel PTM milanese, che si correda di tre Strategie Tematico-Territoriali Metropolitane (dedicate, rispettivamente, all'ambiente, al welfare metropolitano e alle strutture produttive, commerciali, logistiche, etc.)⁹⁷.

Il PTM poggia su un apparato conoscitivo analitico, integrato da quadri conoscitivi dinamici che l'Ufficio di piano della Città metropolitana tiene in costante aggiornamento, anche tramite raccolta di un flusso di dati dai comuni. Apparato conoscitivo a cui attingono i pianificatori locali, quale base condivisa attraverso la quale transita (per via non gerarchica) molta parte della comune visione del territorio. Dall'aggiornamento dei quadri conoscitivi derivano anche indicazioni circa la necessità di cicliche varianti di adeguamento⁹⁸ (anche in questo caso l'accento cade sul carattere innovativamente processuale e iterativo della funzione di pianificazione, che non si arresta con l'approvazione del piano-atto, e sulla natura adattiva e rivedibile del piano).

⁹⁷ I. S. BOTTO, *Dimensione metropolitana e governo del territorio. Spunti di riflessione dall'esperienza milanese*, in *Urbanistica Informazioni*, 317, 2024.

⁹⁸ L'art. 13 delle NdA del PTMMi, rubricato "Sistema delle conoscenze territoriali", ponendosi in linea con quanto indicato nel testo, prevede quanto segue: "Il sistema delle conoscenze territoriali, risultato dell'attività del sistema informativo territoriale della Città metropolitana di Milano raccoglie, elabora e aggiorna costantemente entro un processo dinamico e incrementale, aperto a contributi esterni, le informazioni relative al territorio metropolitano per la formazione del quadro conoscitivo degli atti di pianificazione e programmazione e per la gestione delle fasi di attuazione e di monitoraggio. Le informazioni raccolte sono aggregate in mappature dinamiche relative ai temi di rilevanza comunale, sovracomunale e metropolitana che costituiscono il riferimento per la strutturazione dell'apparato conoscitivo oggettivo delle scelte di pianificazione, delle strategie tematico territoriali metropolitane e dei provvedimenti della Città metropolitana. In sede di redazione degli strumenti urbanistici i comuni si confrontano con le mappature dinamiche relativamente ai temi che assumono rilevanza alla scala locale e elaborano il rispettivo apparato conoscitivo anche mutuando informazioni dal sistema delle conoscenze territoriali di Città metropolitana che costituisce patrimonio informativo condiviso.... La Città metropolitana sviluppa procedure e specifiche per facilitare l'aggiornamento e l'uniformazione delle informazioni, cura la messa a disposizione di dati e informazioni del PTM attraverso apposita pagina interattiva dedicata sul sito internet della Città metropolitana e assicura l'accesso facilitato a tali informazioni anche da parte dei cittadini che non siano dotati di competenze informatiche specialistiche... I dati del monitoraggio sono pubblici e vengono messi a disposizione attraverso il portale della Città metropolitana. La Città metropolitana, anche attraverso specifica mappatura dinamica, opera, anche ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 3 della LR 12/2005, la ricognizione degli ambiti nei quali ricorrano le caratteristiche per l'insediamento di processi di rigenerazione urbana e territoriale e, nel dialogo con gli attori territoriali, professionali e comunitari, raccoglie e aggrega dati, cataloga strategie, prassi ed esperienze di attuazione per favorire la più ampia diffusione del modello dell'urbanistica rigenerativa".

Sul fronte della produzione di effetti, il PTM raccoglie convintamente la sfida del passaggio dal previgente PTCP a uno strumento di pianificazione generale che esercita la funzione indicata dall'art. 5 della l.r. 32/2015, secondo cui *“Per il territorio della Città metropolitana gli insediamenti di portata sovracomunale... sono definiti come tali dal PTM, in luogo dei piani di governo del territorio, di seguito denominati PGT, dei comuni. Le indicazioni fornite dal PTM su tali insediamenti hanno efficacia prescrittiva e prevalente sugli atti dei PGT ai sensi dell'articolo 18 della l.r. 12/2005”*. Ciò postula che previsioni circa i contenuti di rilevanza metropolitana, ossia di incidenza strutturale per la dimensione di scala metropolitana (tanto sul versante delle reti ecologiche, delle infrastrutture, delle funzioni sovracomunali, etc.), sono localizzate, anche mediante previsioni regolative (ed, eventualmente, vincolistiche), a mezzo di previsioni puntuali dal PTM, con indicazioni pianificatorie connotate da adeguato grado di definizione, in grado di prevalere su quelle eventualmente non conformi contenute in previgenti piani urbanistici comunali. Si può fare l'esempio dei Luoghi urbani della mobilità (LUM)⁹⁹, nodi strategici di interscambio modale dei trasporti (stazioni, fermate, parcheggi) a ridosso delle stazioni lungo le connessioni tra le città lombarde e Milano, la cui pianificazione urbanistica deve necessariamente transitare per accordi con Città metropolitana onde garantire (secondo il modello *Tod: supra*) scelte coerenti con la vocazionalità di rilevanza metropolitana di tali luoghi e la presenza funzioni tese a massimizzare le potenzialità del TPL (piste ciclabili, velostazioni, parcheggi intermodali, etc.).

L'effettività di queste previsioni, così come di quelle funzionali al coordinamento delle scelte comunali, non è affidata soltanto alla precettività riconosciuta al PTM ma anche – decisamente – all'impostazione concertativo-incentivale impressa dalla componente normativa del piano. Il PTM, innanzitutto, introduce un duplice principio di compensazione preventiva di ogni impatto sulle matrici-ambiental-territoriali mediante interventi di riequilibrio sui territori investiti dalle esternalità¹⁰⁰ e di perequazione di ogni utilità generata da interventi di scala sovracomunale (previsioni che mutano radicalmente le regole di trasformazione). L'allocazione delle compensazioni e la redistribuzione delle utilità presuppongono attitudine alla concertazione tra tutti gli attori coinvolti, favorita dalla convocazione, in tali frangenti, da

⁹⁹ M. POMPILIO, *Luoghi urbani della mobilità*, in www.arcipelagomilano.it.

¹⁰⁰ S. VILLANI, *Un'analisi del problema della 'localizzazione indesiderata' attraverso la teoria dei giochi e l'economia cognitiva*, in *Econ. font. energ. amb.*, 2008, 69; M. R. GREENBERG, *Siting Noxious Facilities. Integrating Location Economics and Risk Analysis to Protect Environmental Health and Investments*, London, 2018.

parte di Città metropolitana di una conferenza concertativa (il cui funzionamento è dettagliatamente regolamentato), preordinata – dopo una serie di punteggiamenti e confronti oggettivanti – alla sottoscrizione di accordi territoriali. Altro strumento redistributivo è rappresentato dal Fondo perequativo metropolitano gestito da Città metropolitana, l'adesione al quale da parte dei comuni resta volontaria, incentivata dai vantaggi che possono derivare dal riparto delle risorse aggregate (anche grazie alla partecipazione a bandi competitivi da parte di Città metropolitana) e di iniziative realizzative promosse direttamente dal Fondo. Nel Fondo sono conferibili non solo quote dei contributi straordinari derivanti da trasformazioni, ma anche impegni di limitazione del consumo di suolo (oltre le soglie imposte, che già impegnano i comuni a 'tagliare' molte delle previsioni inattuate: cd. 'residui di piano'¹⁰¹) ovvero concreti impegni per la mitigazione e l'adattamento al cambiamento climatico, focalizzati prioritariamente al progetto strategico della rete verde metropolitana (dorsale ambientale-paesaggistica del territorio metropolitano). La conferibilità-valorizzazione degli impegni ambientali sollecita dunque i comuni all'adozione di scelte pianificatorie estremamente contenitive, spingendo verso la sostenibilità, e garantisce loro una forma di pagamento dei servizi ecosistemici¹⁰² garantiti ai territori (della città centrale sfrangiata) in saldo ambientale costantemente critico.

In termini più generali, il PTM milanese e l'opzione concertativa ad esso sottesa indica come la Città metropolitana (ma la riflessione va oltre il caso milanese) avverta l'opportunità di ritagliarsi un ruolo relazionale (più che gerarchico-regolativo), preordinato ad innescare processi multiscalari e cooperativi, a partire dalla dimostrazione oggettivante e condivisa del livello metropolitano quale scala ottimale in vista dell'assunzione di programmi e decisioni relativamente alla classe di politiche e interventi incidenti sulla dimensione metropolitana.

¹⁰¹ Si tratta dei comuni che hanno operato, già prima del PTM, energici tagli dei residui di piano e si collocano, per scelta, al di sotto della soglia di riduzione definita dal PTM.

¹⁰² S. WUNDER, *Revisiting the concept of payments for environmental services*, in *Ecological Economics*, 2015, 234; E. GÓMEZ, BAGGETHUN, R. DE GROOT, P.L. LOMAS, C. MONTES, *The history of ecosystem services in economic theory and practice: from early notions to markets and payment schemes*, in *Ecological Economics*, 2010, 1209; A. SOLAZZO, *I pagamenti per i servizi ecosistemici: problematiche e prospettive*, in *Riv. giur. amb.*, 2016, 592, e, con specifico riferimento alle tematiche territoriali, R. SANTOLINI, E. MORRI, *Criteri ecologici per l'introduzione di sistemi di valutazione e remunerazione dei Servizi Ecosistemici (SE) nella progettazione e pianificazione*, in *La dimensione europea del consumo di suolo e le politiche nazionali*, Centro ricerche consumo di suolo, Rapporto 2017, Roma, 2018, 149.

Presente y futuro de las diputaciones provinciales en España*

ALFREDO GALÁN GALÁN

SOMMARIO: 1. El bicentenario de las diputaciones provinciales. – 2. Los debates tradicionales en relación con la diputación provincial. – 2.1. El debate sobre la existencia de la diputación provincial. – 2.2. El debate sobre el modelo de diputación provincial. – 2.2.1. El tipo de competencia que debe atribuirse a la diputación provincial. – 2.2.2. El tipo de legitimación que debe reconocerse a la diputación provincial. – 2.2.3. Algunas consideraciones finales en relación con el modelo de diputación provincial.

1. *El bicentenario de las diputaciones provinciales*

Hace no mucho, en el año 2022, celebramos en España el bicentenario de la constitución de muchas diputaciones provinciales. Debe advertirse, sin embargo, que no de todas, ya que algunas ya lo festejaron hace tiempo. La razón es que no todas las diputaciones se constituyeron a la vez, sino en el marco de un proceso muy vinculado a la agitada vida española del siglo XIX¹.

Un rápido repaso de la evolución histórica de las diputaciones provinciales nos permite poner de relieve algunas ideas que son útiles en la actualidad. En concreto, destacamos las siguientes:

Institución secular. Las diputaciones provinciales son una institución secular en España, en rigor, multisecular. Podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que forman parte del grupo de cabeza de las instituciones territoriales más longevas de nuestro país. Las razones que lo justifican son muchas y variadas, entre ellas, por un lado, la relevancia de la función que siempre se les ha atribuido y, por el otro, la capacidad de adaptación a los cambios sobrevenidos.

* Este trabajo se corresponde con mi ponencia realizada, en la ciudad de Turín, el 25 de mayo de 2024, en el marco del XXIV Congreso ítalo-español de profesores de Derecho Administrativo. De nuevo, agradezco aquí la invitación recibida.

¹ Sobre esta misma cuestión, A. GALÁN GALÁN, *Pasado, presente y futuro de las diputaciones provinciales en España*, en *200 años de la Diputación de Barcelona*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2022, págs. 135-150.

Institución vinculada al constitucionalismo. El origen moderno de las diputaciones provinciales está estrechamente conectado con el constitucionalismo: avanzan de la mano de los períodos constitucionales y se frenan en los momentos de vuelta al absolutismo. Desde esta perspectiva, las diputaciones deben ser consideradas un fruto del constitucionalismo y, de este modo, participan de sus valores, recogidos en el texto constitucional. Es ésta una realidad que se encuentra ya en el origen (Constitución de Cádiz 1812), pero que se mantiene hasta la actualidad (Constitución vigente de 1978).

Institución de rango constitucional. La previsión de la existencia de diputaciones provinciales se contiene ya en la Constitución de Cádiz de 1812. Ello es una muestra inequívoca de que el legislador constituyente de aquel momento consideró que tienen la relevancia suficiente para adquirir rango constitucional no solamente la provincia, como entidad territorial, sino también la diputación provincial, como su instancia de gobierno. Es una clara demostración de la importancia que se le concede como pieza clave para la estructuración territorial del país. Rango constitucional que se ha mantenido en la actual Constitución de 1978.

2. *Los debates tradicionales en relación con la diputación provincial*

Los debates tradicionales relacionados con la diputación provincial son los relativos a su existencia y su modelo.

2.1. *El debate sobre la existencia de la diputación provincial*

De una manera cíclica, siempre vinculado a las concretas circunstancias políticas de cada momento histórico, surge el debate acerca de la existencia de la diputación provincial. O, dicho de otra manera, sobre la conveniencia de su supresión. Sin entrar a fondo en esta polémica, nos limitamos ahora a dejar apuntadas algunas ideas:

La necesidad de diferenciar entre la provincia y la diputación provincial. Es esta una cuestión terminológica previa, pero que tiene gran relevancia práctica respecto al debate acerca de la existencia de la diputación provincial.

En el ordenamiento jurídico español son cosas diferentes la provincia y la diputación provincial. En efecto, la provincia es el nombre de un concreto tipo de entidad local de carácter territorial. En cambio, la diputación provincial es la denominación de la instancia de gobierno (integra-

da por una pluralidad de órganos) de dicha entidad local². Que son cosas distintas lo demuestra el hecho de que cabe jurídicamente la posibilidad de que exista la provincia, pero sin diputación provincial. Tal es el caso del régimen provincial especial de las comunidades autónomas uniprovinciales: aquí, las competencias de la instancia de gobierno provincial (diputación) son asumidas por la instancia de gobierno de nivel regional o autonómico.

Asentado que no es lo mismo provincia que diputación provincial, aunque ambas cosas suelen confundirse habitualmente, incluso en los discursos jurídicos, al ser tratadas como expresiones sinónimas, lo cierto es que el debate sobre la existencia debe precisar si versa sobre el tipo de entidad territorial (provincia) o bien sobre su instancia de gobierno (diputación provincial).

La garantía constitucional de la existencia de la provincia. La Constitución reconoce y garantiza la existencia del tipo de entidad territorial, perteneciente al nivel local de gobierno, que es la provincia (artículos 137 y 141.1).

La consecuencia es su indisponibilidad por el legislador infraconstitucional, ya sea estatutario (estatutos de autonomía) u ordinario (estatal o autonómico).

La mención constitucional de la existencia de la diputación provincial La Constitución menciona las diputaciones provinciales, relevancia constitucional que muestra su importancia, pero no garantiza necesariamente su existencia. En este sentido, el artículo 141.2 del texto constitucional establece: “El gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo”. Es decir, constitucionalmente se admite que la instancia de gobierno de la provincia no sea la diputación, sino otra corporación que, eso sí, debe tener carácter representativo.

La consecuencia es la disponibilidad por el legislador infraconstitucional, en concreto, por aquel que tenga atribuida la competencia sobre esta cuestión. Un ejemplo – polémico – de ello es el vivo debate jurídico suscitado en torno a la creación de las veguerías y los consejos de veguería en Cataluña. En breve, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado

² Nada sorprendente, por lo demás: lo mismo sucede con otros tipos de entidades locales, así, distinguiéndose entre municipio y ayuntamiento; isla y consejo o cabildo insular; o entre comarca y consejo comarcal.

afirmando que la veguería es la denominación que recibe la provincia en Cataluña (por tanto, asumiendo que no existe una garantía constitucional de la denominación de este tipo de entidad territorial local), teniendo como instancia de gobierno esos consejos de veguería.

Los requisitos constitucionales respecto a la configuración de las diputaciones provinciales por el legislador infraconstitucional. El artículo 141.2 del texto constitucional contiene dos mandatos imperativos que se imponen a cualquier decisión infraconstitucional de configuración de la diputación provincial:

La autonomía. La diputación provincial es una instancia de gobierno autónomo de la entidad territorial local que es la provincia. Sin embargo, debe advertirse que, con base en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, la noción misma de autonomía local es diversa o plural, en la medida en que incluye diferentes clases o modalidades. Así, destacadamente, no son equiparables la autonomía municipal y la autonomía provincial.

El carácter representativo. La diputación provincial debe tener carácter representativo. Ello debe entenderse como la exigencia constitucional de legitimación democrática. Lo que no implica necesariamente que sea directa, en efecto, es perfectamente admisible – y sucede en la práctica actual – que goce efectivamente de legitimación democrática, pero indirecta o de segundo grado.

La existencia de la provincia y de la diputación provincial se vincula con la necesaria existencia de un nivel local de gobierno territorial supramunicipal. La principal función que tiene atribuido, conformando el contenido esencial de la autonomía provincial, en términos del Tribunal Constitucional, es la asistencia y cooperación con los municipios. La importancia de esta labor radica en que su ejercicio permite que se mantenga la competencia dentro del nivel local de gobierno, esto es, que la habitual falta de capacidad de gestión del municipio no provoque necesariamente que la atribución de la competencia salte al nivel territorial superior (el regional o autonómico).

2.2. El debate sobre el modelo de diputación provincial

Es permanente el debate en torno a la configuración del modelo de diputación provincial en España. De manera resumida, son dos los principales elementos del modelo sometidos a discusión, por lo demás, estrechamente vinculados: el tipo de competencia y la clase de legitimación.

2.2.1. El tipo de competencia que debe atribuirse a la diputación provincial

En atención al tipo de competencia legalmente atribuida, son posibles los siguientes modelos de diputación provincial:

Atribución de competencias materiales o sustantivas. El ejercicio de este tipo de competencias se traduce en la prestación de servicios por la diputación directamente a los ciudadanos.

En relación con la determinación de las competencias de este tipo que tienen efectivamente atribuidas las diputaciones provinciales, baste con indicar que son múltiples los ámbitos o sectores en que prestan servicios y que varían notablemente según la diputación tomada en consideración (así, entre otros muchos, servicios sociales, promoción de la actividad económica y del empleo, bibliotecas, educación, carreteras o parques naturales).

Atribución de competencias formales o instrumentales. Se trata del ejercicio por la diputación provincial de funciones dirigidas a los ayuntamientos de su territorio.

Las más relevantes competencias de este tipo son, por un lado, la asistencia y cooperación con los municipios y, por el otro, la coordinación de su actividad en determinados casos.

Sistema mixto. Esto es, atribución simultánea a la diputación provincial de ambos tipos de competencias.

En relación con este debate acerca del tipo de competencia que debe atribuirse a la diputación provincial, son de interés las consideraciones siguientes:

Los diferentes modelos competenciales suponen también diferentes modelos de relación entre la diputación provincial y los ciudadanos. Dicho de otro modo, presuponen que es distinto el sujeto destinatario principal de la actividad que realice la diputación en ejercicio de las competencias atribuidas:

Si se atribuyen competencias materiales o sustantivas, el destinatario principal son los ciudadanos. De esta manera, la provincia se configura como una entidad prestadora de servicios a la ciudadanía. La consecuencia es que la relación que se traba es directa entre la diputación y el ciudadano.

Si se atribuyen competencias formales o instrumentales, el destinatario principal son los ayuntamientos. Así, la provincia se configura como una entidad de asistencia a los ayuntamiento, dándoles la ayuda precisa para que se encuentren en las condiciones adecuadas para que sean ellos

los que presten los servicios a la ciudadanía. La consecuencia, como bien se entiende, es que la relación que se traba entre diputación y ciudadano es solamente mediata o indirecta.

Es difícil diferenciar las dos clases de competencias atribuibles a la diputación provincial, esto es, las competencias materiales o sustantivas y las formales o instrumentales. La razón de esta dificultad deriva de la indeterminación de la competencia de asistencia y cooperación con los municipios. En efecto, bajo esta cobertura es frecuente que la diputación provincial realmente lleve a cabo una auténtica prestación directa de servicios. A ello ayuda, claro está, el habitual manejo de una noción tan amplia de la función de asistencia que, la práctica, permite a la diputación sustituir totalmente al ayuntamiento en la prestación de servicios que legalmente son de la competencia municipal.

Hechas las consideraciones anteriores, cabe preguntarse ahora cual es el modelo competencial vigente hoy en relación con las diputaciones provinciales españolas. En este sentido, tras la aprobación de la Constitución de 1978, parece claro que nuestro ordenamiento local se ha decantado por la atribución de competencias de tipo formal o instrumental. Este hecho es reconocido por la doctrina del Tribunal Constitucional que, como ya se ha advertido, identifica el núcleo esencial de la autonomía provincial con la función de asistencia al municipio. De este modo, esa función resulta intocable por el legislador infraconstitucional. Garantía constitucional que no se extiende, en cambio, con la prestación material de servicios por la diputación. Cabe recordar, en este punto, la gran importancia de esa función de asistencia en el contexto de un mapa municipal fragmentado, esto es, integrado mayoritariamente por municipios pequeños o muy pequeños, carentes de la capacidad de gestión necesaria para una adecuada prestación de los servicios que tienen encomendados. Pues bien, la función de asistencia provincial es uno de los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para salvar el obstáculo de la insuficiente capacidad de gestión municipal.

Siendo cierto lo afirmado en el párrafo precedente, debe advertirse, no obstante, que la atribución de competencias materiales o sustantivas a las diputaciones provinciales ha sido y sigue siendo una realidad incuestionable. Un conjunto de factores confluyen para explicarlo, entre los cuales cabe destacar:

El acarreo histórico de competencias de las que no se han desprendido las diputaciones provinciales. Ello justifica que sigan ejerciendo funciones sobre ámbitos que, en principio, no parecen los propios del nivel

provincial (así, por ejemplo, gestión en materia de sanidad, educación o infraestructuras).

Una interpretación muy amplia de la función de asistencia, en los términos ya avanzados. Este generoso entendimiento provoca que, en ocasiones y en la práctica, la diputación provincial no se limite a ayudar al ayuntamiento para que preste un servicio, sino que, por el contrario, va más allá y le sustituye en esa labor. Lo habitual, en estos supuestos, es que se prevea algún mecanismo de intervención del ayuntamiento, que es formalmente el titular de la competencia, en la prestación del servicio. Pero lo cierto es que, habitualmente, esa intervención no es suficiente para asegurar las directrices políticas de la actividad.

El conocido fenómeno de las llamadas competencias impropias o de sustitución. Especialmente en aquellos casos en los que la diputación provincial sustituye a la comunidad autónoma en el ejercicio de competencias del nivel regional de gobierno.

La decisión consciente del legislador de residenciar en la diputación provincial la prestación directa de servicios. Decisión legislativa que se fundamenta en la convicción de que, en esos casos, el provincial es el nivel territorial óptimo para la prestación del servicio de que se trate.

2.2.2. El tipo de legitimación que debe reconocerse a la diputación provincial

En atención al tipo de legitimación reconocido, son posibles los siguientes modelos de diputación provincial:

Reconocimiento de legitimación democrática directa (o de primer grado): establecimiento de un sistema de elección directa por los ciudadanos de los representantes provinciales.

Reconocimiento de legitimación democrática indirecta (o de segundo grado): establecimiento de un sistema de elección indirecta por los ciudadanos de los representantes provinciales, en atención a los resultados obtenidos por las fuerzas políticas en las elecciones municipales.

Sistema mixto: combinación de ambas modalidades, en función del órgano provincial. Así, lo más habitual es el establecimiento de elección directa del presidente de la provincia y elección indirecta de los diputados provinciales.

En relación con este debate acerca del tipo de legitimación que debe reconocerse a la diputación provincial, son de interés las consideraciones siguientes:

Las diferentes opciones respecto al tipo de legitimación presuponen también distintos modelos de relación entre la diputación provincial y los ciudadanos:

En el caso de reconocimiento de legitimación democrática directa, quien está representado directamente son los ciudadanos. En consecuencia, desde la perspectiva de la legitimación, la diputación provincial queda equiparada con el ayuntamiento. Dicho gráficamente, la diputación se convierte en una suerte de ayuntamiento especial de nivel territorial provincial.

En el caso de reconocimiento de legitimación democrática indirecta, quien está representado directamente son los electos municipales y solamente de manera indirecta los ciudadanos, en la medida en que ellos son los que han elegido a sus representantes municipales. En consecuencia, desde la perspectiva de la legitimación, la diputación provincial adquiere un carácter instrumental o servicial respecto al municipio. De este modo, alcanza aquí su máxima expresión la configuración de la provincia como agrupación o red de municipios.

No se discute que las diputaciones provinciales tengan reconocida legitimación democrática. En efecto, el objeto del debate es otro, a saber: la determinación del concreto tipo de legitimación democrática que se les debe atribuir (directa o indirecta).

El cambio en el tipo de legitimación democrática de la diputación provincial afectará a elementos esenciales de su régimen electoral y, por tanto, requerirá de una modificación de la legislación electoral.

Es aconsejable un análisis sosegado y sin apriorismos de la cuestión relativa al tipo de legitimación de la diputación provincial, huyendo de aproximaciones simplistas. En contra de lo que pueda parecer, en una primera lectura rápida, el modelo de legitimación democrática indirecta también presenta ventajas incuestionables. Entre ellas – no de importancia menor – está el hecho de que facilita sustraer la política provincial de las tensiones propias de los debates partidistas, favoreciendo la consecución de mayores consensos y acuerdos.

Hechas las consideraciones anteriores, cabe preguntarse ahora cual es el modelo de legitimación vigente hoy en relación con las diputaciones provinciales españolas. La respuesta es que se les reconoce legitimación democrática indirecta. Hecho que contrasta con la directa de la que gozan otros tipos de gobiernos locales intermedios (así, los territorios históricos vascos, los cabildos en las islas canarias, los consejos insulares en las islas baleares y el Consejo General de Aran).

2.2.3. Algunas consideraciones finales en relación con el modelo de diputación provincial

Para terminar este apretado análisis acerca del modelo de diputación provincial en España, es de interés tener presente las siguientes consideraciones:

La determinación del modelo de diputación provincial es una decisión que corresponde al legislador. En concreto, al legislador ordinario competente en materia de régimen local. Debe advertirse, en este punto, la existencia de una competencia compartida entre el Estado (legislación básica) y la comunidad autónoma (legislación de desarrollo de las bases y ejecución). Competencia que, en todo caso, debe ser ejercida dentro de los límites establecidos por la Constitución y el correspondiente estatuto de autonomía.

La necesaria coherencia entre el tipo de competencia y el tipo de legitimación de la diputación provincial. De manera coherente con lo que venimos afirmando, podemos concluir que corresponde al legislador la toma de la decisión acerca del tipo de competencia y el tipo de legitimación de la diputación provincial. Ahora bien, añadimos ahora que, en la toma de esa decisión, el legislador debe ser coherente:

La atribución de competencias materiales o sustantivas es más coherente con el reconocimiento de legitimación democrática directa a la diputación provincial. La diputación se relaciona directamente con los ciudadanos (les presta directamente servicios), de manera que resulta lógico que sean ellos los que elijan directamente a los representantes provinciales.

La atribución de competencias formales o instrumentales es más coherente con el reconocimiento de legitimación democrática indirecta a la diputación provincial. La diputación se relaciona directamente con los ayuntamiento, de manera que resulta lógico que sean los propios representantes municipales los que se convierta – a través del mecanismo electoral correspondiente – en representantes provinciales y, de este modo, se ocupen del gobierno provincial.

Che cosa succede in città?

FULVIO CORTESE

*Cosa succede
Cosa succede in città?
C'è qualche cosa
Qualcosa che non va
Guarda lì, guarda là
Che confusione
Guarda lì, guarda là
Che maleducazione
(V. ROSSI, *Cosa succede in città*,
dall'album omonimo, 1985)*

SOMMARIO: 1. Una nuova disciplina e un decennio (e oltre) di (persistenti) interrogativi. – 2. Un dibattito articolato e una nutrita letteratura. – 3. Profili (e problemi) comuni e disarmonie. – 4. *Quali città?*

1. *Una nuova disciplina e un decennio (e oltre) di (persistenti) interrogativi*

Negli ultimi anni è naturale, e diffuso, chiedersi che cosa stia succedendo *alla* e *nella* città. Ciò, segnatamente, avviene dismettendo la prospettiva storicamente privilegiata dello studio delle funzioni e dei “corpi” degli enti che se ne occupano, e guardando, invece, a come la città si sviluppa e a quanto essa tenda a configurare, fisiologicamente, sul piano della produzione di specifiche istanze prescrittive¹.

Esiste, infatti, una sorta di disciplina originale e sopravvenuta, o, meglio, di un modo, ormai in via di consolidamento, eppure ancora disorientante, di definire problemi in parte conosciuti e in parte inediti: è ciò che si avverte chiaramente quando si discute di *diritto della città* (o, preferibilmente, di *di-*

¹ Ciò, quanto meno, dal noto saggio di J.B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit de la ville*, LexisNexis, Paris, 2013. Per una sintetica ed efficace presentazione dell'argomento v. G.M. LABRIOLA, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2018, 5 ss.

*ritto delle città*²); una locuzione che, per vero, è spesso intesa con intenzioni differenti, e che tuttavia nel discorso giuspubblicistico italiano agglutina, da più di un decennio, una serie di interrogativi, tuttora ricorrenti³.

Si tratta, se visti da vicino, degli interrogativi che ruotano attorno ad alcune parole-chiave o a specifiche *espressioni*, a loro volta identificative di fenomeni ben precisi, singolari, eppure tutti accomunati da una localizzazione (non certo esclusiva, ma) preminente, quella, per l'appunto cittadina.

Sussidiarietà orizzontale, cittadinanza attiva e beni comuni urbani; democrazia partecipativa; rigenerazione urbana e riuso; sicurezza urbana; *housing* sociale; periferie; mobilità sostenibile e *climate change mitigation*; locazioni brevi per finalità turistiche; residenza e servizi pubblici locali; monumenti e toponomastica; smart city; verde urbano; tutela dei locali storici; comunità energetiche; accesso allo (e gestione dello) spazio pubblico: questo elenco, meramente esemplificativo, racchiude soltanto taluni degli argomenti la cui evocazione opera, nell'ambito del diritto delle città, quale rinvio a corrispondenti *parole d'ordine*; a contenuti che si vogliono paradigmatici di un complessivo flusso trasformativo della vita delle comunità cittadine.

Si noti subito un profilo importante.

Dal punto di vista astratto, la grande maggioranza dei temi da ultimo enumerati è facilmente riconducibile, a stretto rigore, a spezzoni classici del *diritto amministrativo speciale*; dunque, del diritto urbanistico, del diritto degli enti locali, del diritto regionale, del diritto dei beni culturali, del diritto dell'ambiente, del diritto dei servizi pubblici, etc.

Tuttavia, la caratteristica qualificante delle discussioni concrete che si animano al riguardo sta nel fatto che, come si vedrà⁴, l'operazione di riconduzione a schemi e lessici tradizionali viene per lo più rigettata, esplicitamente o implicitamente, dal momento che i protagonisti di quelle stesse discussioni intendono agitarne i rispettivi elementi materiali come

² Sia consentito rinviare, al riguardo, a F. CORTESE, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, 5 ss., e a ID., *Il nuovo diritto delle città: alla ricerca di un legittimo spazio operativo*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart City. L'evoluzione di un'idea*, Milano (Mimesis), 2020, 79 ss.

³ Per un'introduzione panoramica, ma molto incisiva, v. F. GIGLIONI, *Verso un diritto delle città. Le città oltre il Comune*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, Wolters Kluwer, Milano, 2024 (2a ed.), 277 ss., il quale rammenta opportunamente che non si discute del termine "città" quale attributo di carattere prevalentemente onorifico, con cui un Comune può essere designato.

⁴ V. *infra*, parr. 2 e 3.

occasioni di forte cambiamento, vuoi normativo, vuoi amministrativo. È da questo movente che deriva la spinta a veicolare tali discussioni nel quadro di un *autonomo* diritto delle città.

Di più: vi è l'ambizione ad agevolare mutazioni sensibili del diritto amministrativo generale ovvero del diritto pubblico in senso lato: in alcuni casi, vengono in primo piano approcci più moderni a livello, per così dire, strumentale, ma con percepibile ricaduta sul modo stesso di configurare il rapporto tra soggetti privati e poteri pubblici; in altri casi, invece, lo scopo è deliberatamente quello di catalizzare forze capaci di ri-orientare il senso profondo di intere discipline, con attitudine, pertanto, sistematica e con connessa vocazione ri-definitoria.

Già in via preliminare, dunque, occorre essere coscienti che quando si affronta il diritto delle città non solo ci si imbatte – come secondo la più nota delle impostazioni teoriche in materia⁵ – in arene pratiche e argomentative in cui non si intende ragionare, *sic et simpliciter*, di Comuni o Città metropolitane, o di infrastrutture, servizi alla persona, trasporti, etc. Ciò di cui bisogna essere consapevoli è che, sia pur dalle prospettive anche molto eterogenee che sono indotte dalla trattazione di fattispecie altrettanto varie, ci si muove sul crinale della distinzione tra *ordine* e *disordine*; meglio: della critica a un assetto istituzionale determinato e riconoscibile, formulata per il tramite della ricognizione e dell'accompagnamento proattivo di innovazioni prescrittive o sperimentazioni operative, interpretate alla stregua di fattori di rottura e contestuale metamorfosi.

Si può sostenere sin d'ora che elaborare un diritto delle città equivale, oggi, in prima battuta, al duplice tentativo di costruire *dal basso* o un percorso ambizioso di legittimazione alternativa del rapporto tra autorità e libertà (e del governo rappresentativo della cosa pubblica) ovvero un *set* di esperienze generative di modalità amministrative suscettibili di trasmettere efficacemente correzioni puntuali nei processi di attuazione effettiva delle politiche pubbliche. Nell'una come nell'altra ipotesi alla città si guarda in quanto *luogo proteiforme*, connotato da lineamenti cangianti e funzionali, "popolato" da una cittadinanza in transizione costante, la cui fisionomia è parimenti distinta da quella che si è usualmente abituati a categorizzare⁶.

Non va dimenticato, peraltro, che con tali tendenze convivono – so-

⁵ Il riferimento è sempre a J.B. AUBY, *Droit de la ville*, cit. *supra* a nt. 1.

⁶ In argomento v. R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, n. 2/2019, 365 ss.

vente con risultati contraddittori o cortocircuitanti – altre correnti del cambiamento cittadino, che in linea di massima possono raggrupparsi sotto l’etichetta di indicazioni *dall’alto*, in quanto tali canalizzate da incentivi o piani o programmi che attribuiscono alla città (e alla cittadinanza) una valenza specifica, quella di costituire la leva irrinunciabile di istanze regolative di dimensione più elevata. Si discute, in altre parole, e pur sempre, di città, perché la si considera l’ecosistema o il laboratorio o la piattaforma più decisivi per realizzare certi obiettivi di scala maggiore.

Anche di questa curvatura occorre tenere conto, non solo perché non sempre coordinata con gli *input* che derivano dal diritto delle città che si promuove in un movimento *bottom-up*, quanto, piuttosto, per la circostanza che essa mette in prima luce l’idea che quella cittadina sia un’arena indispensabile anche per mettere alla prova la tenuta e la capacità di risposta delle *istituzioni di governo* latamente intese, nell’esercizio delle loro competenze, amministrative e normative⁷: ciò perché – e questo aspetto, in realtà, accomuna ogni riflessione contemporanea sulla città, specie dopo la pandemia da Covid-19⁸ – quello cittadino è sia lo spazio privilegiato in cui le persone sono propense a concentrarsi, sia il nucleo d’attenzione da cui nascono anche migrazioni centrifughe e procedimenti di valorizzazione di grandezze del tutto opposte.

2. *Un dibattito articolato e una nutrita letteratura*

Assumendo lo sguardo degli studiosi del diritto delle amministrazioni pubbliche, può affermarsi che, in Italia, il diritto delle città, nei tratti sopra brevemente abbozzati, e specialmente nella sua versione *dal basso*, ha il suo esordio “ufficiale” nel 2014, quando compie i primi passi un progetto pilota del Comune di Bologna, frutto della collaborazione con l’associazione *Labsus-Laboratorio per la sussidiarietà*⁹. Viene, allora, approvato e pubblicato il primo regolamento comunale in tema di cura e rigenerazione di beni comuni urbani; e il relativo testo è subito “offerto” in rete alla consultazione e alla libera adozione da parte di tutte le amministrazioni comunali che intendano intraprendere la medesima strada¹⁰.

⁷ Sul punto v., nello specifico, sempre *infra*, par. 4.

⁸ V., recentemente, B. NIESSEN, *Abitare il vortice. Come le città hanno perduto il senso e come fare per ritrovarlo*, Utet, Torino, 2023.

⁹ Che ha un suo apposito portale: <https://www.labsus.org/>.

¹⁰ Il testo di quel primo regolamento («sulla collaborazione cittadini e amministra-

È una vicenda esemplare, non solo per la rapida e virale imitazione cui essa dà luogo nell'arco di pochi anni¹¹, bensì per il metodo seguito e per i contenuti prescrittivi che ne sono derivati.

In quella sede si sono disciplinati *fatti* che, prima di allora, restavano costitutivamente assorbiti nel corpo del consueto circuito politico-amministrativo e delle sue determinazioni, finendo, però, per lasciare insoddisfatti taluni bisogni effettivi della popolazione residente. Si pensi, ad esempio, alla sistemazione dei parchi pubblici e delle attrezzature in essi allestite, alla riparazione di aiuole e marciapiedi, alla pulizia e conservazione di portici privati soggetti ad uso pubblico, alla ritinteggiatura di scuole e asili, alla valorizzazione sociale di aree verdi di proprietà pubblica (orti urbani)¹².

Nella logica delle attribuzioni amministrative, è chiaro che si tratta di attività che orbitano, formalmente e prevalentemente, nella sfera dell'ente pubblico. Ma è altrettanto chiaro che tali attività spesso “si perdono” nella difficoltà di darvi continuità quotidiana, di vigilare in modo proattivo sull'azione dei gestori del servizio pubblico locale di riferimento, di instaurare relazioni giuridicamente formalizzate con i privati interessati oppure, banalmente, di disporre di adeguate risorse economiche. Qui, in buona sostanza, la “città” corrispondente al “Comune” tende a generare, quasi strutturalmente, una serie di “buchi neri”, che si frappongono al benessere della “cittadinanza”. Sicché è quest'ultima che “pretende” di esprimersi e di essere “riconosciuta” come “alleato” fattivo e, dunque, come costruttrice di prassi relazionali e cooperative altrimenti non previste, perché veicolo di azioni private di massima vietate¹³.

zione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani») è consultabile online al seguente indirizzo: https://www.labsus.org/wp-content/uploads/2014/11/pregolamento-amministrazionecondivisa_new_w03dib.pdf. Per la presentazione del regolamento e dell'iniziativa ad esso collegata v., sempre online, a questo indirizzo: <https://www.labsus.org/cose-il-regolamento-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

¹¹ In rete è disponibile anche l'elenco delle amministrazioni che hanno, finora, deciso di seguire tale percorso: <https://www.labsus.org/i-regolamenti-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

¹² Il censimento periodico delle attività realizzate in applicazione di una siffatta disciplina è svolto dall'associazione *Labsus*, che elabora annualmente un rapporto. I relativi testi sono tutti disponibili online: <https://www.labsus.org/pubblicazioni/>. Sul caso degli orti urbani, v. l'interessante “bilancio” di L. GALLI, *Orti urbani: tra il “riempimento” di spazi cittadini e i vuoti di disciplina giuridica*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2023, 109 ss.

¹³ Occuparsi direttamente, da parte dei cittadini, della manutenzione di un bene pubblico può integrare anche una fattispecie di reato. Non a caso, non solo in Italia, simili azio-

A tale scopo, nei regolamenti del “tipo Bologna”¹⁴, sono state compiute, simultaneamente, molte operazioni: si è data diretta applicazione all’art. 118, comma 4, Cost., valorizzando l’autonomia normativa dell’ente locale nel definire fattispecie e modi in cui favorire l’iniziativa di cittadini, singoli o associati, in attività di realizzazione materiale di *interessi generali*¹⁵; si è data, così, copertura a tutte le esperienze in cui i cittadini si prendono carico direttamente di singole *cose* di cui dovrebbe occuparsi solo l’ente pubblico, e lo si è fatto mediante un’operazione strumentale di *labeling*, etichettando *come* beni comuni urbani tutto ciò che possa rivelarsi idoneo a stimolare la collaborazione sinergica di amministrazione e cittadini¹⁶; si è coniato un istituto (i cd. “patti di collaborazione”) deputato a regolare compiti e responsabilità dei soggetti privati e dell’autorità pubblica¹⁷; si è anche prevista la ri-organizzazione dell’amministrazione comunale e delle sue attività¹⁸, in modo tale da internalizzare e raccordare efficacemente i risultati di queste iniziative con le altre politiche locali.

Si può constatare agevolmente che una tale prospettiva non si colloca in un ambito peculiare di studio (come si è precisato, di diritto amministrativo speciale), non avendo in alcun modo l’obiettivo di intercettare,

ni sono state sempre intraprese in modo clandestino: si pensi alle attività svolte nottetempo per la ricostituzione o la sistemazione di aiuole o altri spazi destinati a verde pubblico; attività che, non a caso, hanno assunto (sin dagli anni Settanta del Novecento, a partire da un’esperienza specifica, nata a New York) la denominazione di *guerilla gardening*.

¹⁴ *Labsus* ha messo a disposizione, nello specifico, versioni via via più accurate, aggiornate ed elaborate del regolamento (sulla base delle prassi applicative e delle problematiche concrete riscontrate dalle diverse amministrazioni), confermando e perfezionando la strategia *open source* scelta sin dal principio. L’ultima di tali versioni (fornita anche con una traduzione inglese) è disponibile a questo indirizzo: <https://www.labsus.org/2024/06/dieci-anni-dopo-un-nuovo-prototipo-del-regolamento/>.

¹⁵ Secondo il principio di sussidiarietà orizzontale, così come interpretato in alcuni noti scritti di Gregorio Arena, primo animatore e fondatore dell’associazione *Labsus*: v. in particolare, G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all’Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

¹⁶ Cfr. la definizione di «beni comuni» fornita nel regolamento “tipo” cit. *supra* a nt. 14, all’art. 2, comma 1, lett. a): «*beni comuni*: i beni, materiali e immateriali, che i cittadini e l’amministrazione riconoscono essere funzionali al benessere della comunità e dei suoi membri, all’esercizio dei diritti fondamentali della persona ed all’interesse delle generazioni future, attivandosi di conseguenza nei loro confronti ai sensi dell’articolo 118 comma 4 della Costituzione, per garantirne e migliorarne la fruizione individuale e collettiva, condividendo con l’amministrazione la responsabilità della loro cura, gestione condivisa o rigenerazione».

¹⁷ V. agli artt. 5, 7 e 8 del regolamento cit. *supra* alla nt. 14.

¹⁸ V. all’art. 6 del regolamento cit. *supra* alla nt. 14.

mutandola, la disciplina dei beni pubblici, della pianificazione territoriale o dell'edilizia. Né è implicata, per l'ovvio impedimento del principio di legalità, la revisione della disciplina generale sull'azione amministrativa (la gerarchia delle fonti lo impedisce). Eppure, non si può non osservare che, per il tramite dell'espedito dell'*occasionalità* legata al processo di *labeling*, l'istituzione pubblica si autovincola, optando per modalità d'azione specifiche (i "patti"¹⁹), ma senza rinunciare alle proprie prerogative (di approvazione e di sintesi²⁰) e, soprattutto, creando le condizioni per permettere a discussioni teoriche (di per sé non semplici e, spesso, "divisive", o troppo "vaste", come sono quelle sui beni comuni *tout court* considerati²¹

¹⁹ Sulla cui natura giuridica (salvo un trasversale riferimento agli accordi amministrativi ex art. 11, l. n. 241/1990, ma con molti "distinguo" o precisazioni) si è aperto ben presto un intenso dibattito: v., tra i tanti, G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon-Rivista di arti e diritto* on line, n. 2, 2016; M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3/2017; E. FIDELBO, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *Aedon-Rivista di arti e diritto* on line, n. 3/2018; F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2/2016, 271 ss.; P. MICHIA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon-Rivista di arti e diritto* on line, n. 2/2016. Cfr., più recentemente, G. MARLETTA, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 441 ss.; M.F. ERRICO, *Modelli di gestione dei beni comuni: i patti di collaborazione*, in *Foro amm.*, n. 12/2019, 2197 ss.; A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA, *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive Atti del convegno di Torino, 27-28 febbraio 2019*, Università di Torino, Torino, 2020, 19 ss.; M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2018, 559 ss.

²⁰ V., ad esempio, l'art. 7, comma 8, del regolamento cit. *supra* a nt. 14, circa la possibilità di considerare l'adesione di cittadini a proposte di patti già formulate.

²¹ Specie a partire dal "famoso" *pamphlet* di U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2012 (ma v. anche ID., *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Einaudi, Torino, 2015). La letteratura, in argomento, è fittissima. Per una ricapitolazione dei tanti significati della nozione di beni comuni e dei contesti in cui è stata utilizzata v. F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 37 ss. La riflessione avviata da Ugo Mattei si è evoluta (ed è stata rilanciata) nel tempo: v. U. MATTEI, *Una nuova stagione nel governo dei beni comuni. Una bozza di lavoro oltre i patti di condivisione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 2/2017, 87 ss.

o sulla cd. “amministrazione condivisa”²² o sulla democrazia partecipativa²³) di trovare margini reali di sperimentazione, verifica e disseminazione. Margini – questo è il punto fondamentale – in cui coltivare un modo diverso di essere cittadini e, per ciò solo, un modo diverso di “fare città”, semplificando la formazione del “brodo di coltura” (ideale, socio-economico, tecnico-giuridico, politico) cui il legislatore, statale come regionale, potrebbe accedere per promuovere, a sua volta e in maniera sistemica, *best practices* e modelli organizzativi²⁴.

È passando per l'approfondimento di questi snodi che la dottrina ha cominciato a riconoscere un fenomeno di più ampia portata, originale (ma per taluno anzitutto *originario*²⁵), foriero di nuove esperienze regolatorie e amministrative, perché idoneo – anche al di là dell'impegno o del “peso” del legislatore – a farsi specchio immediato di una dimensione cittadina che non è incasellabile in principi o regole tradizionali, che si nutre di soluzioni ibride tra diritto pubblico e diritto privato²⁶, e che, nonostante ciò, richiede di potersi manifestare a tutti gli effetti, trovando appigli importanti nella fonte costituzionale (il menzionato art. 118, comma 4, Cost.²⁷) e impegnandosi nella ri-vitalizzazione dei più classici pubblici poteri.

²² Nozione che rappresenta la “base” delle tesi sostenute da Gregorio Arena in molti suoi scritti, e anche nel saggio cit. *supra* a nt. 15, specie a partire da un contributo che risale agli anni Novanta: G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118, 1997, 29 ss. Per un recente bilancio su tale riflessione v. G. ARENA, M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

²³ Su cui v., *ex plurimis*, la voce di U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, 295 ss.

²⁴ Alcuni legislatori regionali si sono, per l'appunto, attivati: v. l.r. Umbria, 6 marzo 2023, n. 2 («Disposizioni in materia di amministrazione condivisa»), e l.r. Emilia-Romagna, 13 aprile 2023, n. 3 («Norme per la promozione ed il sostegno del Terzo Settore, dell'Amministrazione condivisa e della cittadinanza attiva»). Ma v. già l.r. Lazio, 26 giugno 2019, n. 10 /sulla quale cfr. il commento di I. GRIGORUT, *L'amministrazione in trasformazione. Il modello dell'amministrazione condivisa della Regione Lazio*, in *Le Regioni*, n. 5/2020, 1209 ss.

²⁵ F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2018, 46 ss. Ma v. anche R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento*, cit. *supra* a nt. 6, nonché, ancor più recentemente, C. LAURI, *L'ordinamento giuridico della smart city. Sovranità e autonomie urbane*, Jovene, Napoli, 2023.

²⁶ L'istituto dei “patti” va in questa direzione.

²⁷ V., ad esempio, da ultimo, C. SALATI, *Città e sussidiarietà orizzontale: orientamenti dottrinali dal caso italiano per l'Unione Europea*, in *Italian Papers On Federalism*, n. 1/2024, 46 ss.

Attorno al perno di queste esperienze e delle riflessioni che le hanno accompagnate si è sviluppata una letteratura particolarmente attenta a “incamerare” in molti altri contesti gli stimoli provenienti dall’idea, più generale ancora, che si possa, nella città, fare un *nuovo diritto*²⁸; anzi, che si possa realizzare, in via pregiudiziale, una *nuova città*, diversa da quella istituzionale, ad essa sovrapposta e con essa variamente collegata²⁹: vuoi per rafforzarne o rivederne le basi legittimanti; vuoi per allargarne i confini e le capacità amministrative; o vuoi, viceversa, per rivederne l’azione e l’organizzazione in senso *ulteriormente* democratico³⁰.

In proposito è bene sottolineare che, rispetto alle esperienze pilota già ricordate, questo secondo filone del diritto delle città, per un verso, ha ampi collegamenti ideali con il primo, ma s’inizia in un periodo cronologicamente precedente, in coincidenza con gli studi – maturati in sedi di ricerca interdisciplinare – che hanno cercato di razionalizzare la scissione progressiva tra le istituzioni cittadine e il fenomeno urbano, marcando, in questo modo, una sorta di insufficienza o inadeguatezza strutturale dei modelli del governo territoriale locale nella canalizzazione di speciali (o in ogni caso, più avanzate) istanze di regolazione³¹.

Per altro verso, poi, non si può non constatare che è su questa medesima

²⁸ Cfr., ad esempio, i contributi raccolti da E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-Cycle. Proposte per reinventare la città*, il Mulino, Bologna, 2017; ma v. anche F. CORVAJA, F. PIZZOLATO, A. SCALONE (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino, 2019, e F. PIZZOLATO, G. RIVOSECCHI, A. SCALONE (a cura di), *La città oltre lo Stato*, Giappichelli, Torino, 2022.

²⁹ V., ad esempio, lo studio di C. IAIONE, *The right to the Co-city*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2017. Ma cfr. anche P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2019, nonché, S.R. FOSTER, C. IAIONE, *Co-Cities: Innovative Transitions toward Just and Self-Sustaining Communities*, The MIT Press, Cambridge (MA), 2022. Si tratta, in questo caso, della proposizione di un modello che viene ritenuto capace anche di affrontare sfide di portata globale: v. C. IAIONE, L. KAPPLER, *Governing for the extreme self-sustaining diverse co-cities for just adaption*, in *Riv. giur. edil.*, n. 2/2023, 373 ss.

³⁰ E riprendendo una discussione avviata in altro contesto socio-politico, economico e culturale da H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Éditions Anthropos, Paris, 1968, ed. it. *Il diritto alla città*, Ombre Corte, Verona, 2014. In tema v. F. SAITTA, *Sul «diritto alla città» come catalogo di pretese, doveri e responsabilità: appunti per una declinazione moderna di un concetto antico*, in *Munus*, n. 2/2024 (in corso di pubblicazione), nonché Id., *Il «diritto alla città»: l’attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, n. 2/2020, 53 ss.

³¹ V. soprattutto M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Marsilio, Venezia, 2011, 335 ss. (oggi anche in M. CAMMELLI, *Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi. Scritti scelti*, cur. C. BARBATI, M. DUGATO, G. PIPERATA, il Mulino, Bologna, 2019, 523 ss.).

linea che si sono fatti via via più intensi i dibattiti sulle politiche europee in materia di città³², così come sullo sviluppo della smart city³³ quale strumento efficiente per la vita e le attività concrete dei soggetti che operano in città.

Le elaborazioni e le declinazioni di un simile modo di osservare e “rilanciare” la città sono assai diverse, anche se paiono tutte animate da una dinamica convergente, quella tra la reviviscenza della concezione dell’amministrazione (anche cittadina, ma non solo) come *servizio* e la ridefinizione del cittadino in funzione del suo essere (prevalentemente) *utente*.

Dal primo punto di vista, va rammentato anche quanto stabilito dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) in tema “città”³⁴, in una combinazione organizzativa nella quale gli enti e i rispettivi organi del governo cittadino sono coinvolti, quali soggetti attuatori, anziché quali titolari di una sfera di autonomia, in una peculiare inversione del rapporto politica-amministrazione: le esigenze di risposta a specifici bisogni, valutati come essenziali in una sede extra-cittadina, precedono e condizionano le

³² Per uno sguardo d’insieme cfr. M. FALCONE, *Le politiche europee per le città: agenda urbana e “aree interne”*, in E. CARLONI, F. CORTESE (a cura di), *Diritto delle autonomie territoriali*, cit., 247 ss.

³³ Su cui cfr. soprattutto gli studi raccolti da G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city*, cit. *supra* a nt. 2, nonché, in senso critico, specie sul ruolo svolto dall’intensificazione del rapporto tra tecnologia e sicurezza, da C. BUZZACCHI, P. COSTA, F. PIZZOLATO (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Giuffrè, Milano, 2019.

³⁴ Ad esempio: azioni sperimentali per la digitalizzazione della mobilità urbana; interventi per la digitalizzazione e/o per la piena accessibilità – anche nel senso della rimozione di barriere fisiche e cognitive – del patrimonio culturale di musei e biblioteche; miglioramenti per l’efficienza energetica di teatri e cinema; sostegni per lo sviluppo economico/sociale di aree svantaggiate, mediante iniziative di rigenerazione culturale di piccoli centri e di rilancio turistico; interventi di riqualificazione di parchi e giardini storici; azioni di miglioramento della rete di raccolta differenziata dei rifiuti urbani, con realizzazione di nuovi impianti di trattamento/riciclaggio; creazione di laboratori 100% green e di autosufficienza energetica in alcune piccole isole; rafforzamento della mobilità ciclistica, con realizzazione di nuove piste ciclabili; potenziamento del trasporto rapido di massa; acquisto di nuovi mezzi di trasporto a emissioni zero; sostituzione e/o riqualificazione energetica degli edifici scolastici; altri interventi per la messa in sicurezza del territorio, la sicurezza e l’adeguamento degli edifici, l’efficienza energetica; realizzazione di nuovi asili nido e scuole dell’infanzia; realizzazione di infrastrutture sportive; interventi di sostegno alle persone vulnerabili; creazione di sistemi di housing temporaneo e di “stazioni di posta” per garantire forme di accoglienza; progetti di rigenerazione per il miglioramento del decoro urbano e per la riduzione di forme di degrado ed emarginazione sociali; rigenerazione delle periferie; valorizzazione dei beni confiscati alle mafie; riqualificazione delle aree interne; interventi di forestazione urbana; interventi volti a garantire la migrazione su cloud delle procedure amministrative e l’interoperabilità dei dati; interventi volti a facilitare la creazione di green communities, etc.

elaborazioni e le opzioni che possono sortire direttamente dall'interno della sola collettività locale e da chi è titolare, in essa, di poteri di indirizzo³⁵.

Sul piano, invece, della visione del cittadino-utente, non si può certo dire che sia prospettiva rivoluzionaria. Ma non v'è dubbio sulla circostanza che, anche per l'effetto di innovazioni di rilievo (come sono quelle, ad esempio, in materia di comunità energetiche³⁶), la trasformazione del ruolo della cittadinanza non si limita a facilitare l'emersione di una soggettività amministrativa plurale e cangiante (come è tipico delle cc.dd. "cittadinanze amministrative"), né si ferma alla verifica sulla programmatica perdita di corrispondenza tra la dimensione del governo rappresentativo territoriale e la dimensione delle organizzazioni relative all'erogazione di servizi pubblici di primaria importanza (com'è, ormai, dagli anni Novanta del Secolo scorso, quella del servizio idrico). Questa nuova forma di cittadinanza, infatti, ambisce all'affermazione di un nuovo grado di "sovranità", nella cui sfera produrre effetti o creare formule aggregative (comunità contrattuali, imprese comunitarie, start-up a vocazione sociale, fondazioni di comunità, *Community Land Trusts*, iniziative di *civic crowdfunding*, etc.) che la collettività e le autorità a quest'ultima collegate (e legittimate, secondo il circuito politico-rappresentativo) dovrebbero riconoscere, accogliere e coordinare nel modo migliore³⁷.

Ciò che può colpire, al riguardo, è proprio la sensazione di *disordine* cui si è accennato. Essendo chiaro che con il rinvio a questa nozione non

³⁵ Su tali aspetti si consenta il rinvio a F. CORTESE, *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2022, 361 ss. (ma anche in L. MIGUEZ MACHO, G. PIPERATA (a cura di), *Rehabilitación urbana y protección del patrimonio cultural: reformas administrativas e intervenciones para la resiliencia y la recuperación económica: Derecho Administrativo y sociedad digital: Actas del XXIII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, in memoriam del profesor Luciano Vandelli*, Aranzadi, Madrid, 2024, 309 ss.). Ma v. anche, con ragionamento che va anche oltre il tema del PNRR, P. LOMBARDI, *Divario territoriale, governo del territorio e innovazione: un approfondimento*, in *federalismi.it*, n. 16/2024

³⁶ V., ad esempio, sulla multifunzionalità delle comunità energetiche, L. GIANI, G. IACOVONE, A. IACOPINO, *"Commoning" e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche*, in *Dir. soc.*, n. 4/2022, 643 ss. Ma v. anche, nel contesto del medesimo fascicolo (dedicato al tema), il contributo di C. IAIONE, E. DE NICTOLIS, *Le comunità energetiche tra democrazia energetica e comunanza d'interessi*, *ibid.*, 589 ss.

³⁷ Per una riflessione approfondita in materia (oltre che per interessanti spunti comparatistici sull'ordinamento inglese e scozzese) v. P. DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2023. Ma v. anche R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, con introduzione di A. Quarta e saggi di U. Mattei e R. Cavallo Perin, LEXIS, Torino, 2020.

si vuole intendere (solamente) la proliferazione di luoghi (più o meno “grandi”) di regolazione specifica e strumentale, e di per sé sfuggenti rispetto alla cornice istituzionale di riferimento e al potere degli organi di governo che la conducono. Si vuole enfatizzare l’idea di una domanda trasversale di *neo-istituzionalizzazione*, che – secondo impostazione del tutto conosciuta e basilare – proviene dalla crescita di interessi determinati e, sulla base di quelli, attende una risposta organizzativa, non trovandola nell’*ordine* esistente.

In verità, questa traiettoria non dovrebbe stupire, perché insita nel dispositivo della città medesima, da intendere, con Max Weber, quale idealtipo del potere non legittimo³⁸, ovvero come perenne esperimento di una mutazione che mette continuamente in discussione ogni assetto predefinito alla ricerca di un nuovo equilibrio, oggi apertamente de-territorializzato, ossia non più “risolto” nella posizione previa di una delimitazione istituzionale³⁹.

3. *Profili (e problemi) comuni e disarmonie*

La veloce rassegna su alcune delle principali ispirazioni delle manifestazioni del nuovo diritto delle città permette di isolare l’esistenza di aspetti problematici comuni, che a loro volta aiutano a individuare anche *altri* fenomeni tipicamente cittadini, non necessariamente coerenti, eppure, a ben vedere, particolarmente in sintonia con le *agitazioni* che quel nuovo diritto sembra favorire o assecondare.

Un primo, rilevante, profilo trasversale è dato da una sorta di invasiva *logica progettuale*⁴⁰, sia sul versante della comunità attiva – che dev’essere in grado di proporre soluzioni o accomodamenti gestionali in ipotesi alternativi rispetto a quelli esistenti nella prassi, ma pur sempre rispondenti ai limiti di quanto è consentito per legge all’amministrazione – sia sul versante degli enti territorialmente competenti – che non possono più “contare”, se così si può dire, sulla capacità onnicomprensiva e totalizzante del proprio circuito politico-rappresentativo, ma sono costretti a

³⁸ Cfr. A. SCAGLIA, *Max Weber e la città democratica. Idealtipo del potere non legittimo*, Carocci, Roma, 2007.

³⁹ V. sul punto la bella raffigurazione di M. CACCIARI, *La città*, Pazzini, Villa Verrucchio (RN), 2004.

⁴⁰ F. CORTESE, *Nuovi principi costituzionali e ridefinizione progettuale dello spazio operativo degli enti territoriali*, in *Munus*, n. 2/2021, V ss.

dialogare intensamente e continuativamente con la base sociale di riferimento, ma anche con livelli di governo impegnati ad occuparsi di specifici “servizi” e delle “urgenze” sistemiche a quelli collegate.

Plasticità, da una parte⁴¹, e *responsabilità*, dall'altra⁴², sono le due forze motrici idonee a polarizzare entrambi i versanti di questa logica progettuale: laddove per plasticità si deve alludere alla capacità degli interlocutori, privati come pubblici, di negoziare traguardi, tempi, obbligazioni reciproche, in funzione di una soluzione tailor-made, fondata sulla prevalenza del problema amministrativo da risolvere (dunque, della “natura della cosa”); e per responsabilità si deve pensare al fatto che quella politica non è più sufficiente, ma si accompagna a proiezioni di più aperta e trasparente *accountability* nonché di altrettanto (e più) diffusa *liability*, con un'estensione (a quest'ultimo riguardo) che ricomprende sia i soggetti pubblici sia quelli privati.

Si è accennato, in proposito, al dato della potenziale inversione del rapporto tra politica e amministrazione (sia nel senso di una forte domanda dal basso, come si è detto; sia nel senso di una parimenti forte domanda dall'alto, a favore di un piano politico-amministrativo differente), con tutto ciò che ne può conseguire in merito allo “svuotamento” del margine decisionale della comunità locale intesa *as a whole*.

È senz'altro, questo, un fattore di disarmonia, se non di esplicita delegittimazione del sistema democratico locale come espressione di rappresentanza. Anche se è necessario evidenziare che simile disarmonia può funzionare altrettanto bene come fattore di *ri-posizionamento*, e dunque di rilancio, del livello “di governo” propriamente detto. Nel senso che i “decisori” democraticamente legittimati non sono meno forti ove se ne rimarchi il dovere di essere *imparziali* a tutto tondo, e, di conseguenza, di internalizzare in maniera propositiva anche gli interessi – e le aspirazioni ad una maggiore *qualità* della vita cittadina – di coloro che, semplicemente, prospettino azioni pur sempre rivolte al “bene comune”⁴³ (ovvero, utilizzando il lessico di cui all'art.

⁴¹ Riprendendo il termine usato da E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, il Mulino, Bologna, 2017, 15 ss., in part. 34.

⁴² Riprendendo, invece, un termine utilizzato da F. SAIITA, *Sul «diritto alla città»*, cit. *supra* a nt. 30.

⁴³ In tema v. C. OLMO, *Città e democrazia. Per una critica delle parole e delle cose*, Donzelli, Roma, 2018, 35, laddove si definisce la città stessa come l'espressione «più complessa» di “bene comune”; precisandosi che questo bene «esiste (e allora esiste anche

118 Cost., l'*interesse generale*). In questo modo lo spazio di quei "decisori" non è più ristretto, ma è vieppiù *elevato di grado*, dovendosi esprimere, inevitabilmente, in termini cooperativi e strategici, il che vuol dire di *più lungo periodo*. Lungi dal comportare un arretramento della politica e del discorso democratico, ciò ne favorisce, anzi, un potenziale rafforzamento.

Altro profilo critico, che merita una meditazione, quanto meno ai fini di una maggiore consapevolezza, consiste nel fatto che operare in modo cooperativo e strategico, lasciando spazio a *contesti operativi funzionali* più o meno grandi, a seconda delle fattispecie, implica agire, in un certo senso, fuori dai confini o, meglio, fuori dai ruoli preassegnati.

In altri termini, le progettualità che emergono nel contesto cittadino non chiamano in gioco solo *organi* amministrativi e *destinatari* di funzioni (poteri) e prestazioni; le progettualità di cui si discute nel nuovo diritto delle città possono avere come protagonisti sostanziali anche soggetti privati e possono affidare compiti precisi, su cui attivare forme di controllo *ad hoc*, anche ai soggetti pubblici di volta in volta coinvolti.

Si badi che in questo modo non si replica, semplicemente, il fenomeno, storicamente affermato e studiatissimo, dell'urbanistica contrattata, dove ai privati è dato, in effetti, un ruolo per definizione determinante. Lo scenario che si prefigura è quello di una negoziazione o di un partenariato molto più diffusi, che pur potendosi sostenere anche sulla base di specifici incentivi⁴⁴, secondo uno schema di reciprocità immediata, o circostanziata, può, se non deve, fondarsi – quasi alla maniera delle attività di regolazione strettamente intese – su un quadro più ampio di pianificate (e, come si è avvertito, responsabili) *autolimitazioni*, nel quale al ritrarsi di talune prerogative se ne intensificano altre. Ciò a patto, naturalmente, di ammettere che queste autolimitazioni possono riguardare, se del caso in modo anche accentuato, pure la dimensione dell'iniziativa privata e/o del mercato e (allo stesso modo) quella di poteri pubblici posti in necessario dialogo con altri poteri pubblici. Due semplici esempi possono supportare l'argomento.

Da un lato, si pensi alle grandi questioni correlate al numero crescente, in specifici contesti cittadini, delle locazioni brevi ad uso turistico come delle tante altre fattispecie di sharing economy, assai diffuse a livello urbano⁴⁵.

la città) se viene riconosciuto come tale in primo luogo da chi esercita (cittadino o amministrazione) diritti su di esso».

⁴⁴ Se ne occupano, del resto, anche i regolamenti del "tipo" cit. *supra* a nt. 14.

⁴⁵ E su cui esiste già un'ampia letteratura. In materia v., tra i tanti, G. MENEGUS, *Proces-*

In tema, non si può non immaginare che nella cornice di quei contesti sia del tutto legittimo veicolare le spontanee tendenze dei proprietari degli immobili come dei singoli cittadini verso finalità di maggiore utilità sociale, purché una tale operazione avvenga nel quadro, a medio-lungo termine, di uno sviluppo strategico complessivo e condiviso, e attribuendo valore, anche sul piano del condizionamento decisionale, a chi *vive concretamente* le attività cittadine di cui si tratta. L'opzione in parola rappresenta un orizzonte quanto mai irrinunciabile, perché l'unico limite all'affermarsi quasi inarrestabile di soluzioni gestionali del tutto eteronome (*i.e.* governate più dall'economia che dal diritto) è creare per la cittadinanza margini concretamente afferrabili di *buona amministrazione*, garantendo in tal modo un accesso effettivo alla città e al godimento dei diritti di chi la anima⁴⁶.

Dall'altro lato, poi, si pensi alle – sempre varie – contese sullo spazio pubblico, sulla toponomastica o su statue e monumenti⁴⁷.

Non è, questo, un fatto di sola maggioranza politica, né è, esclusivamente, un fatto di pura competenza tecnica (sicché al ritrarsi della prima dovrebbe dominare solo la seconda); è, piuttosto, un fatto da “governare”, da “gestire” in processi partecipati in cui la comunità concreta possa interagire, se del caso sulla base delle opinioni qualificate delle autorità preposte

si di regolazione della “sharing economy”: oltre la “self-regulation”, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2021, 1411 ss., e C. ALVISI, A. CLARONI, Problemi di governo della “sharing economy” nel settore delle locazioni turistiche e del “bike-sharing”, in Istituzioni del federalismo, n. 4/2019, 917 ss. In tema di mobilità sostenibile, la “complessità” degli intrecci disciplinari è bene evidenziata da E. GUARNIERI, Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme, in federalismi.it, n. 16/2022.

⁴⁶ V. G. MENEGUS, *Appunti per un governo della città turistica*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1/2024, 79 ss. Si tratta di profili divenuti sempre più urgenti, anche nel bilanciamento con la garanzia di specifiche categorie di soggetti che “vivono” la città (ad esempio, gli studenti universitari cc.dd. “fuori sede”, i quali, specie dopo la pandemia da Covid-19, a causa dell'aumento delle locazioni brevi per finalità turistiche, hanno visto sia diminuire l'offerta di locazioni a loro favore, sia alzarsi vertiginosamente i prezzi degli immobili rimasti disponibili sul mercato; ma v. anche le complesse questioni di accessibilità allo spazio urbano nelle città d'arte, enfatizzate specialmente dopo la sperimentale introduzione di un ticket d'accesso da parte del Comune di Venezia: in proposito, cfr. L. DEL FEDERICO, *I ticket d'accesso alle città d'arte: strumenti utilizzabili, quadro normativo ed autonomia impositiva dei Comuni*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 2/2021, 261 ss., che, pur trattando la materia in un'ottica strettamente tributaristica, esprime seri dubbi sui margini di manovra degli enti locali e auspica “risposte” differenziate e maggiormente flessibili).

⁴⁷ Sul fenomeno v. la casistica e le riflessioni offerte (sul piano, innanzitutto, delle meditazioni non giuridiche) da L. PAROLA, *Giù i monumenti? Una questione aperta*, Torino, Einaudi, 2022. Ma cfr. altresì T. MONTANARI, *Le statue giuste*, Laterza, Roma-Bari, 2024.

alla tutela di specifiche categorie di beni e nell'ottica di una progettualità sinergica. Il più delle volte, in simili frangenti, non si tratta di obbedire alla scelta secca cancellare/abbattere/rinominare o confermare/riaffermare/ri-lanciare: si tratta, spesso, di *riqualificare/spostare/contestualizzare*.

È facilmente comprensibile che – come dimostrano i due esempi ora riferiti – il motore di questo nuovo modo di amministrare, senz'altro più complesso e articolato, richiede expertise peculiari, saperi adeguati e una comune cultura di trasparenza e comunicazione, sia da parte degli amministratori pubblici, sia da parte della società civile organizzata. Più di tutto, però, questo tipo di approccio esige disponibilità a intraprendere un percorso incrementale di *apprendimento*, che non si basa (non si può più basare) sull'adozione di soluzioni *a-priori* e auto-esplicative, caratteristiche di ogni teoria moderna sull'*institution building*, bensì si alimenta di (molteplici, ripetute e varie) situazioni di messa alla prova, perfezionamento progressivo e riconoscimento reciproco⁴⁸.

Vi è, infine, un altro elemento che esige di essere preso in considerazione e valutato, ed è costituito dal meccanismo di “vasi comunicanti”, che si crea allorché di diritto delle città tende progressivamente ad allontanare la sfera del governo concreto della quotidianità urbana dalla sfera del politicamente dominabile. Di questo rischio (che, tuttavia, è anche opportunità), in generale, si è già detto. Va aggiunto, ora, che, se le istituzioni locali che si occupano della città non riescono più a garantire alla maggioranza democratica che le legittima una espressione visibile, esse tenderanno ad occupare in modo più forte altri ambiti; e che un tale movimento può essere anche incentivato da altri livelli di governo. Il caso della sicurezza urbana⁴⁹ è, forse, quello più lampante, dal momento che, nella disciplina normativa, si può verificare agevolmente la crescita progressiva del ruolo del Sindaco, anche sul piano regolatorio. D'altra parte, in materia, l'integrazione (o la condivisione), più che tra potere pubblico e società civile, si ha specialmente tra poteri pubblici diversi⁵⁰: a conferma, certo, che quest'ultimo tipo di integrazione è del tutto possibile (e che dunque si può individuare un *interesse generale* prodotto, in concreto,

⁴⁸ V., per tutti, C. DONOLO, *Su ponti leggermente costruiti. Considerazioni intermedie su menti e istituzioni*, FrancoAngeli, Milano, 2021.

⁴⁹ Per uno sguardo complessivo e aggiornato v., da ultimo, i contributi raccolti da P. VIPIANA (a cura di), *La sicurezza urbana: attuazioni e prospettive. La situazione in Italia a confronto con le esperienze francese e spagnola*, Giappichelli, Torino, 2024.

⁵⁰ Cfr. la disciplina della cd. “sicurezza integrata” di cui al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 (conv. in l. 18 aprile 2017, n. 48).

dalla convergenza di interessi pubblici amministrati da soggetti diversi); ma anche della circostanza che le funzioni del governo cittadino tendono a intensificarsi e a specializzarsi nei settori in cui gli organi politici non hanno ancora perduto la “presa” sui rispettivi “servizi” e “funzioni”, con la conseguenza che quegli stessi settori aspirano, quasi inevitabilmente, ad “allargarsi”, permeando di sé – discutibilmente⁵¹ – buona parte dello “spazio pubblico”.

4. Quali città?

Se c'è una conclusione per il quadro finora illustrato, essa non può che essere collegata alla ricognizione del carattere ormai strutturalmente variabile della dimensione e dell'esperienza cittadine e delle molteplici discipline in cui si esprimono e da cui sono condizionate, e così, di conseguenza, alle questioni relative all'individuazione delle competenze *sulle* città medesime.

Lo stato dell'arte è contrassegnato da un vistoso *disallineamento*.

Da un lato, si è constatato che vi sono istanze di regolazione e gestione amministrativa che nascono dal basso e che, come tali, pur auto-promuovendosi in modo quasi seriale e ambendo, per tali vie, a un riconoscimento di più ampia portata (da parte del legislatore statale e/o regionale), trovano un margine di espressione originale nella valorizzazione dell'autonomia locale strettamente intesa, e dunque del potere regolamentare che è attribuito ai Comuni e che viene, però, declinato nel senso dell'affermazione di un'autonomia normativa generale e presupposta (indipendente, cioè, da un conferimento legislativo specifico⁵²).

Si tratta sicuramente di uno spazio disciplinare che merita di essere conservato e opportunamente coltivato: perché può raccogliere al meglio i bisogni della popolazione più prossima alle fattispecie da affrontare; perché può permettere anche un coordinamento con le altre fonti locali; e perché può adattarsi a realtà cittadine della più diversa grandezza (il punto non va sottovalutato, giacché, come è noto, in Italia – nonostante i forti “inviti” alla fusione o alle gestioni associate che si sono susseguiti

⁵¹ Di qui le critiche dure di parte della dottrina: v., ad esempio, recentemente, A. ALGOSTINO, *Sicurezza urbana e conflitto. L'ostracismo sociale e politico della città neoliberista e la città futura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2024, 261 ss.

⁵² Una compiuta trattazione del problema si ritrova in M.C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Jovene, Napoli, 2012.

negli ultimi quindici anni – esistono ancora 7.896 Comuni, dei quali solo 44 hanno una popolazione superiore alle 100.000 unità⁵³).

Al contempo, però, occorre segnalare che il pur lodevole intervento del legislatore statale, come di quello regionale, in ambiti materiali vicini, se non quasi o integralmente sovrapponibili, rispetto a quelli affrontati dai regolamenti comunali sulla manutenzione, cura e rigenerazione dei beni comuni urbani ha in parte bloccato le potenzialità espressive dell'autonomia sperimentata a livello territoriale, finendo per ricondurre molte situazioni concrete a logiche prescrittive non sempre coincidenti con quelle originarie⁵⁴.

Più in generale, del resto, continua a sussistere la reiterata, e tradizionale, “difficoltà” dello Stato ad ammettere una più ampia differenziazione locale, anche sul piano organizzativo⁵⁵: un traguardo, questo, che neppure la conclamata autonomia statutaria⁵⁶ è riuscita a realizzare; e che è, per così

⁵³ Dati Istat (aggiornati al 1° gennaio 2024).

⁵⁴ V., ad esempio, l'art. 201 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (cd. “codice dei contratti pubblici”), che, intendendo disciplinare forme specifiche di «partenariato sociale», si occupa di regolare tre fattispecie («a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; [...] b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento; c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi; [...]») che in larga parte intercettano situazioni di cui si sono occupati, e si occupano, i Comuni nei loro regolamenti sulla cura, manutenzione e rigenerazione di beni comuni urbani. Ma ragionamenti analoghi, in verità, si possono fare per l'intreccio che esiste anche nella disciplina di tante altre fattispecie: v., ad esempio, il caso del verde urbano, su cui cfr., *ex plurimis*, M. BROCCA, *La selva nella città: stato dell'arte e panorama giuridico*, in S. MARINI, V. MOSCHETTI (a cura di), *Sylva. Città, nature, avamposti*, Mimesis, Milano, 2021, 74 ss.

⁵⁵ In forza della “lungolatenza” dell'impostazione – del tutto conforme ai paradigmi classici dello Stato liberale e del principio di eguaglianza formale, ma da ri-considerarsi alla luce dell'affermazione costituzionale del principio di eguaglianza sostanziale e del principio autonomistico, *ex artt.* 3, comma 2, e 5 Cost. – per il quale gli enti sub-statali non possono avere figura o fisionomia di volta in volta differente, perché, altrimenti, i cittadini (dello Stato) sarebbero trattati in modo diverso (la formulazione chiara dell'insegnamento si ritrova in SANTI ROMANO, *Il Comune (parte generale)*, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, Parte I, Milano, Società editrice libraria, 1908, 497 ss.).

⁵⁶ Riaffermata nel vigente art. 114 Cost., così come modificato dalla riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

dire, aggravato – con l’eccezione di quanto, invece, possibile, almeno parzialmente, nel contesto delle autonomie speciali – dall’assenza in capo alle Regioni del potere di disciplinare l’ordinamento degli enti locali.

Esiste, poi, un altro problema, non meno rilevante. Visto che sussistono, all’opposto rispetto alla tendenza da ultimo segnalata, ipotesi in cui non è per nulla irrazionale che il legislatore (statale e/o regionale) si occupi direttamente di taluni fenomeni cittadini. Sia perché vi sono fattispecie che fuoriescono in modo vistoso dai confini territoriali degli enti locali, e ciò anche per quanto concerne l’esercizio di classiche funzioni amministrative (si pensi, in via meramente esemplificativa, alle forti istanze di pianificazione che sono correlate alla localizzazione e allo sviluppo degli snodi e dei magazzini della grande logistica, oppure alla riqualificazione urbana di aree industriali o commerciali dismesse, dislocate sul territorio di più Comuni, eppure gravitanti nell’orbita “economica” di un centro cittadino più grande). Sia perché vi sono (altre) fattispecie (si pensi ai centri storici delle grandi città turistiche) che meriterebbero una legislazione speciale o singolare, dinanzi alla quale l’ordinario riparto delle potestà normative potrebbe anche cedere a favore di un’intensificazione del protagonismo di un certo tipo di fonte (statale e/o regionale).

Per quanto il primo profilo potrebbe essere in parte risolto mediante un più frequente ricorso a formule negoziali di accordo tra amministrazioni diverse (*ex art. 15, l. n. 241/1990*), il secondo aspetto, viceversa, richiederebbe, specie nei riguardi di alcune grandi aree metropolitane, un’azione normativa capace non solo di riconoscere l’importanza del rispettivo spazio cittadino (così è già avvenuto con l’istituzione delle Città metropolitane), ma anche di “uscire” dall’approccio “di omogenea entificazione” e favorire, invece, sul modello della legislazione speciale per Venezia, differenziazioni disciplinari più intense (il che significa, in buona sostanza, permettere che alcuni spazi metropolitani abbiano una dotazione di poteri volta per volta distinti).

Vi sono, peraltro, due “tensioni” che si fronteggiano.

Una è in qualche senso *naturalmente evolutiva*, perché prende atto del mutamento del livello di alcuni interessi, che finiscono per essere con-finabili, sul piano della normazione, solo in maniera assai artificiosa, e che, dunque, possono stimolare spostamenti, anche sul piano del ruolo dei legislatori (e di quello regionale *in primis*), verso modelli di federalismo d’esecuzione⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. il caso deciso da Corte cost., 11 maggio 2022, n. 117, in cui è stata fortemente

Altra tensione, invece, è più delicata, perché corrisponde all'*assolutizzazione del diritto cittadino auto-prodotto*, secondo proiezioni che, allo stato, pur se rese più afferrabili in ragione dei progressi della scienza e della tecnologia, possono parere (anzi, lo sono esplicitamente) del tutto utopistiche⁵⁸ e che, per vero, l'assenza di risposte pronte e soddisfacenti alle trasformazioni urbane, in uno con il peso sempre maggiore del mercato, può indicare, anche nel discorso pubblico e politico, come obiettivo preferibile, se non addirittura virtuoso.

Le due tensioni, in ultima istanza "opposte", vedono al centro proprio tutto ciò che sta accadendo nelle città: riconoscerne meglio il *nuovo diritto* è il primo passo per cercare una composizione costruttiva ed evitare strappi dalle conseguenze imprevedibili e disaggreganti.

ridimensionata la potestà dei legislatori provinciali di Trento e di Bolzano, pur prevista nello statuto speciale, in materia di disciplina delle concessioni di derivazione a scopo idroelettrico, argomentando anche sulla base della sussistenza di un sopraggiunto e assorbente interesse statale di livello superiore. Al punto 8 del *Considerato in diritto* si precisa: «anche al cospetto delle autonomie speciali, permangono inalterate, almeno a livello di principio, le ragioni in favore di una regolazione uniforme degli aspetti più rilevanti della materia. Esse riguardano, certamente, il rispetto dei vincoli europei quanto all'affidamento (anche) a privati di beni e servizi pubblici, perché la tutela effettiva della concorrenza e della trasparenza rappresenta un interesse primario dell'Unione europea, come dimostrato dalla specifica legislazione comunitaria nella materia della produzione di energia elettrica. Ma le esigenze di regolazione uniforme vanno anche al di là di ciò, poiché nella materia delle grandi derivazioni idroelettriche non sono in gioco solo interessi economici di forte rilevanza. Tra l'altro, le attività produttive che in essa si svolgono sono gravide di rischi per la sicurezza pubblica (basti pensare al pericolo di inondazioni o di crolli degli sbarramenti), e determinano un notevole impatto sull'ambiente, sull'ecosistema, sul paesaggio. Sotto questi specifici profili, sussiste la necessità di una uniforme e adeguata regolazione, anche al fine di garantire la continuità e la produttività nello sfruttamento della risorsa idrica. Accanto ai vantaggi immediati per le popolazioni locali (conseguiti attraverso il pagamento dei canoni e la fornitura gratuita di quote di energia elettrica agli enti locali), vanno del resto considerate la necessità di assicurare, a livello nazionale, il maggior equilibrio possibile tra fonti energetiche e quella di disporre dell'energia necessaria per le attività produttive e per le stesse esigenze di vita dei consociati» (corsivi aggiunti).

⁵⁸ V., ad esempio, l'esperimento di immaginazione e progettazione condotto nel volume di C. POLI (a cura di), *Utopia Giudecca*, anteferma, Conegliano (TV), 2024, laddove si prova a "costruire" l'esperienza di progressiva autonomizzazione dell'isola della Giudecca a Venezia, e dei suoi abitanti, nel senso di una totale autosufficienza.

El reto de articular el principio de diferenciación en el nivel municipal*

MARCOS ALMEIDA CERREDA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Cuáles son los municipios que demandan, con mayor urgencia, la aplicación del principio de diferenciación? – 3. ¿Cuáles son los mandatos que habrían de inspirar la reforma normativa del régimen local para actuar de forma óptima el principio de diferenciación? – 4. ¿Cuáles son los principales ámbitos en los que debe jugar el principio de diferenciación? – 4.1. Disposiciones relacionadas con la organización administrativa: hacia un reforzamiento del órgano monocrático. – 4.2. Disposiciones relacionadas con el funcionamiento de los órganos municipales. – 4.2.1 La adaptación de las reglas procedimentales básicas a seguir en los pequeños municipios. – 4.2.2. La simplificación de las reglas procedimentales a seguir por los pequeños municipios en diversos sectores de su actividad. – 4.2.2.1. La simplificación de los procedimientos de carácter económico: presupuestarios, contables y de control. – 4.2.2.2. La flexibilización de las reglas en materia de contratos públicos. – 4.3. Disposiciones relacionadas con la adecuación entre las competencias atribuidas a los pequeños municipios y su efectiva capacidad de gestión. – 4.4. Disposiciones referidas a la prestación de servicios por los pequeños municipios. – 4.4.1. La dispensa de la prestación de servicios obligatorios. – 4.4.2. La ampliación de los sistemas de gestión conjunta de los servicios públicos municipales. – 4.5. Disposiciones referidas a las relaciones interadministrativas. – 5. Epílogo.

1. Introducción

Desde la instauración del régimen democrático de 1978, los poderes legislativos y ejecutivos, central y autonómicos, no han ha sido capaces de dar una respuesta satisfactoria a las concretas demandas de los diferentes tipos de ayuntamientos españoles, en atención a sus características geográficas, poblacionales y económicas, entre otras.

* Las ideas expresadas en esta ponencia constituyen una síntesis, actualización y perfeccionamiento de las defendidas en: M. ALMEIDA CERREDA, *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 2023, 59-81, donde se encuentra una bibliografía más amplia sobre este tema.

Si bien es cierto que, para los muy grandes y grandes, sí que se han articulado diversos regímenes especiales (de capitalidad, de carta o de gran ciudad) que les han permitido distinguirse, desde las perspectivas organizativa y funcional, y mejorar, en mayor o menor medida, la gestión de los asuntos de su competencia; por el contrario, para los pequeños y muy pequeños municipios no se ha diseñado un sistema específico, adaptado a sus peculiaridades, que les consienta desarrollar sus funciones, de forma eficaz y eficiente, proporcionando a sus vecinos los mejores servicios públicos posibles.

Hoy en día, en el marco del proceso de impulso del Estado de Bienestar, es imperativo superar esta situación. El siglo XXI, en el ámbito de la ordenación de los ayuntamientos, ha de ser la centuria en la que se dé un adecuado cumplimiento del principio de diferenciación, de modo que se alcance tanto la diversificación competencial de los municipios, como su diversificación estructural, con el objetivo de que puedan responder adecuadamente a las exigencias que le plantean sus poblaciones¹. Y ello, por oposición al siglo XIX, que se caracterizó por ser la era de la búsqueda de la uniformización del régimen local, al tratar de satisfacer la necesidad de racionalizar la heterogénea e incoherente estructura heredada del Antiguo Régimen, en aras a garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos².

La actual, débil y asimétrica, implementación del principio de diferenciación plantea las siguientes problemáticas que repercuten negativamente en las capacidades de muchos municipios para responder a las exigencias de sus vecinos.

En primer lugar, en general, las disposiciones que, en la actualidad, regulan el funcionamiento de los ayuntamientos en España son manifiestamente inadecuadas para la mayoría de ellos, en la medida en que son demasiado arduas, complejas y rígidas, ya que están pensadas para administraciones territoriales de mayores dimensiones, como la Administración General del Estado, las cuales se hallan dotadas de múltiples unidades organizativas internas, que pueden afrontar largos y complicados procesos de gestión, pues cuentan con personal suficiente y debidamente especializado.

Y, en segundo lugar, en particular, los pequeños municipios se ven obligados a ejercer las mismas competencias que los ayuntamientos de

¹ M. ALMEIDA CERREDA, *La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local*, in J. J. Díez Sánchez (ed.), *La planta del gobierno local*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo y Fundación Democracia y Gobierno, Madrid, Local, 2013, 108.

² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994, 81 ss.

dimensiones medias, para los cuales dichas atribuciones ya son inadecuadas, en cuanto demasiado extensas, lo que les aboca a operar de forma saltuaria y a obtener resultados insuficientes.

En definitiva, la marcada uniformidad del régimen local español, en su vertiente normativa, derivada de la inobservancia del principio de diferenciación, contribuye, de modo decisivo, a la asfixia de los municipios de dimensiones más reducidas. La escasez de recursos humanos, económicos y materiales, sumada a las competencias excesivas y a las complicadas reglas de gestión, les impiden llevar a cabo una prestación eficiente y de calidad de los servicios públicos esenciales para su población.

Ahora bien, es posible que este escenario comience a transformarse, en la medida que, poco a poco, los diferentes legisladores, central y autonómicos, han ido adquiriendo conciencia de la urgencia de cambiar esta situación.

De este modo, tras diversas iniciativas fallidas, se activó el proceso para ajustar la normativa de régimen local a las circunstancias específicas de miles de nuestros ayuntamientos de pequeñas dimensiones³. En este sentido, cabe destacar que, tras múltiples iniciativas⁴, el proceso abierto para dotar a los pequeños municipios de un estatuto propio culminó (en falso) con la aprobación del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo⁵. Así, en esta norma:

- en primer lugar, se menciona expresamente el principio de diferenciación. En concreto, en el apartado IV de su Preámbulo se señala: “Asimismo, la reforma pretende incorporar como criterio de atribución competencial el principio de diferenciación, de acuerdo con la capacidad de gestión de las entidades correspondientes. Igualmente se hace preciso en virtud del citado principio de diferenciación, y de las previsiones del artículo 9.2 de nuestra

³ E. CARBONELL PORRAS, *¿Un estatuto básico para los municipios pequeños? Un comentario de urgencia*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 15, 2021, *passim*, y *De nuevo sobre el municipio pequeño y el “régimen de organización de los municipios de menor población o en riesgo de despoblación en la propuesta de reforma de la LBRL de 2022*, en *Revista de estudios locales*, Cunal, 255, 2022, 52-77.

⁴ R. RIVERO ORTEGA, *¿Pueden esperar mejoras de su estatuto los pequeños municipios en la España despoblada?*, en *Revista de estudios locales*, Cunal, 255, 2022, 10-27.

⁵ D. SANTIAGO IGLESIAS, N. BETETOS AGRELO, *La utilidad del diseño de un régimen jurídico especial aplicable a los pequeños municipios en el marco de una estrategia para abordar el reto demográfico*, in D. SANTIAGO IGLESIAS (eds.), *Políticas públicas y estrategias locales para abordar el reto demográfico*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2024, 73-94.

Constitución, establecer un régimen especial para la gestión colaborativa de los servicios en municipios determinados de menor población, lo que facilitará la fijación de la población en estos y una mejor prestación de sus servicios públicos”. A su vez, en el apartado VIII del citado Preámbulo, se afirma: “Por lo que se refiere al cumplimiento del objetivo de apoyar a las ciudades pequeñas en su prestación de servicios públicos, la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, establece, de una parte, la inclusión del principio de diferenciación en la atribución de competencias a los municipios, en términos de ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local a los efectos de promover las adaptaciones o medidas que procedan en tal sentido”.

- en segundo lugar, como concreción de las anteriores declaraciones, se adiciona un nuevo apartado 6 al artículo 25 con la siguiente redacción: “Con carácter previo a la atribución de competencias a los municipios, de acuerdo con el principio de diferenciación, deberá realizarse una ponderación específica de la capacidad de gestión de la entidad local, dejando constancia de tal ponderación en la motivación del instrumento jurídico que realice la atribución competencial, ya sea en su parte expositiva o en la memoria justificativa correspondiente”.

- en tercer lugar, también como desarrollo de lo anticipado en la Exposición de Motivos, se dota de contenido al artículo 28, con el siguiente tenor literal: “Podrán establecerse, en municipios determinados de menos de 20.000 habitantes, sistemas de gestión colaborativa dirigidos a garantizar los recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y, en particular, para una prestación de calidad, financieramente sostenible, de los servicios públicos mínimos obligatorios, mediante medidas de racionalización organizativa y de funcionamiento; de garantía de la prestación de dichos servicios mediante fórmulas de gestión comunes o asociativas; de sostenimiento del personal en común con otro u otros municipios; y, en general, de fomento del desarrollo económico y social de los municipios. La aplicación efectiva a un municipio de la gestión colaborativa requerirá decisión en tal sentido de la Comunidad Autónoma respectiva, adoptada conforme a su legislación de régimen local propia, y en todo caso, con la conformidad previa del municipio afectado y el informe de las entidades locales afectadas”⁶.

Es evidente que esta cicatera regulación no constituye un estatuto específico para los pequeños ayuntamientos, ni supone una adecuada im-

⁶ T. FONT I LLOVET, *La gestión colaborativa en el Gobierno local. Un nuevo régimen especial*, in *Blog Acento Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.

plementación del principio de diferenciación. Ahora bien, es cierto que esta no era, en realidad, la pretensión del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre. Como explica su Preámbulo, su limitado objetivo era el siguiente: “Por lo que se refiere al libro tercero, cabe resaltar que el hito número 147 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia [integrado en el Componente 11 ‘Modernización de las Administraciones Públicas’ que persigue ‘la reforma y modernización de las administración pública, con el fin de adaptarla a los retos de la sociedad contemporánea’], titulado ‘Entrada en vigor de la reforma de la Ley 7/1985 (...)’, establece como objetivos (...) ii) apoyar a las ciudades pequeñas en su prestación de servicios públicos.

De este modo, mediante la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, incluida en este real decreto-ley, se da cumplimiento a los compromisos reflejados en ese hito y asumidos frente a la Unión Europea, en lo relativo a dicha disposición legal”⁷.

La insatisfacción generada por esta norma llevó a que el 9 de abril de 2024 se aprobase en la Comisión de Política Territorial del Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley para la aprobación de un estatuto básico de los municipios de menor población, con el respaldo de la mayoría de los grupos parlamentarios (votos emitidos: 34; a favor: 32; abstenciones: 2).

En espera del inicio del proceso de elaboración de tal norma, con el presente trabajo, se pretende indicar, someramente, cuáles podrían ser las claves para que ese futuro estatuto de los ayuntamientos de menor población pudiese servir para articular, de forma adecuada, el principio de diferenciación a nivel municipal.

2. *¿Cuáles son los municipios que demandan, con mayor urgencia, la aplicación del principio de diferenciación?*

Como se ha explicado, en la medida en la que los ayuntamientos muy grandes y grandes cuentan con diversos regímenes especiales (de capitalidad, de carta o de gran ciudad), urge colocar a los pequeños y muy pequeños municipios en una situación similar.

Lo más racional, para determinar cuáles son estos ayuntamientos de

⁷ J. M. BURGAR ARQUIMBAU, *Breve análisis del impacto real del Real Decreto-ley 6/2023 en la Administración local*, in *Acento Local*, in *Blog Acento Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2024.

reducidas dimensiones, es explorar el Ordenamiento jurídico vigente, a la búsqueda de algún tipo de indicio que permita individualarlos.

A la luz de los datos que proporciona este, no cabe duda de que la cifra de 5.000 habitantes marca una cesura clara en la ordenación normativa de los municipios en España. Además, esta cifra cuenta con un amplio aval, tanto en la doctrina, como en el derecho comparado. Por todo ello, parece que lo más lógico sea considerar como pequeños municipios a aquellos que tengan menos de 5.000 habitantes. Ahora bien, dado que lo que ocasiona la inadecuación de la normativa vigente a la realidad de los pequeños ayuntamientos, es su insuficiente capacidad administrativa, derivada de su falta de medios económicos, personales, y materiales, parece oportuno, como hacen multitud de normas, complementar la definición de pequeño municipio con algún criterio económico. Sin duda, un indicador objetivo de la fortaleza o debilidad de estas organizaciones municipales es el presupuesto que las mismas manejan. En consonancia con los límites ya presentes en nuestro Ordenamiento, se podría considerar que los pequeños ayuntamientos son aquellos que cuentan con un presupuesto que no supera los 3.000.000€. No obstante, para evitar frecuentes cambios de categorización, por la existencia de ingresos extraordinarios puntuales, es posible defender que esa cifra se refiera a la media de los últimos cuatro ejercicios⁸.

Llegados a este punto, naturalmente, se plantea la cuestión de que el grupo de los pequeños municipios es muy heterogéneo. Por una parte, existen ayuntamientos con una capacidad administrativa de gestión casi nula, completamente dependientes del auxilio que le proporcionan los municipios vecinos, entidades supramunicipales o las diputaciones provinciales, y, por otra parte, hay ayuntamientos que tienen una innegable capacidad administrativa, técnica y económica, para desarrollar un cierto número de funciones y servicios públicos dirigidos a sus vecinos, de forma eficaz y eficiente (siempre que, como se ha indicado, se adapten a dicha capacidad sus reglas de funcionamiento y el catálogo de las actividades que han de desarrollar).

En consecuencia, dentro del conjunto de los pequeños ayuntamientos tiene plena justificación el crear otro subconjunto, el de los microayuntamientos, los cuales, a su vez, han de tener un régimen jurídico propio,

⁸ M. ALMEIDA CERREDA, *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, cit., 4-5.

diferenciado, al menos en parte, de los anteriores⁹. La cuestión que se plantea aquí, como antes, es cuáles han de ser los criterios para determinar qué es un micromunicipio. De nuevo, lo más sensato es recurrir a una combinación de criterios poblacionales y económicos. Atendiendo a razones sistémicas, de derecho comparado y a nuestra tradición histórica, desde una óptica actual, se podrían considerar microayuntamientos aquellos que tienen menos de 1.000 habitantes y que cuentan con un presupuesto que no supera los 600.000€, de media en los últimos cuatro ejercicios¹⁰.

3. *¿Cuáles son los mandatos que habrían de inspirar la reforma normativa del régimen local para actuar de forma óptima el principio de diferenciación?*

El futuro estatuto para los municipios de menor población ha de fundarse, entre otros, en tres principios esenciales: adecuación; simplificación y celeridad; y primacía de la voluntad municipal¹¹. Todos estos mandatos de optimización presentan una doble vertiente: organizativa y procedimental.

En primer lugar, el principio de adecuación, en el ámbito organizativo, demanda que los legisladores competentes, a la hora de diseñar las reglas que, eventualmente, compondrán el estatuto de los pequeños ayuntamientos y que regirán su funcionamiento, han de tener en cuenta sus diversas características específicas: sus medios personales, sus recursos financieros, sus medios materiales, su actividad presente, su territorio, su población, etc. A su vez, en el ámbito competencial, obliga a que, a los pequeños municipios, se les confieran, de modo exclusivo, aquellas competencias de gestión para las cuales dispongan de suficiente capacidad económica y administrativa, de forma individual o asociada, ponderando también, al hacer esta atribución, los principios de subsidiariedad y de proximidad.

En segundo lugar, el principio de simplificación y celeridad, en su conjugación organizativa, impone que la estructura interna de los pequeños ayuntamientos sea lo más sencilla posible, siempre que con esta se puedan

⁹ M. ALMEIDA CERREDA, *La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local*, cit., 109.

¹⁰ M. ALMEIDA CERREDA, *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, cit., 6.

¹¹ M. ALMEIDA CERREDA, *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, cit., 8-10.

cumplir, de forma adecuada, las funciones que cada entidad tenga encomendadas. Por su parte, este principio, en su declinación de agilidad procedimental, exige que todos los procesos que se desarrollen por los pequeños municipios se hallen integrados por el número mínimo indispensable de trámites administrativos para la consecución de los respectivos objetivos (sin redundancias garantistas, que no son precisas dada la limitada trascendencia, económica y social, de los objetos de decisión municipal) y que, en consecuencia, dichos trámites se evacúen en plazos reducidos. Esta limitación de las diligencias a aquellas estrictamente pertinentes y necesarias y la carga de la correlativa prontitud en su ejecución se traducirá en una reducción sustancial del tiempo de despacho de los procedimientos administrativos y de los procesos de erogación material de servicios públicos, alcanzando de este modo una mayor eficacia y eficiencia en la actuación de estos entes. Este mandato, entre otras operaciones, ha de ser particularmente optimizado en aquellas de naturaleza presupuestaria y contable.

En tercer lugar, el principio de primacía de la voluntad municipal, en el ámbito organizativo, reclama que se dé preferencia a las opciones organizativas y de funcionamiento efectuadas por los gobiernos municipales, en el marco de las alternativas que, de modo necesario, han de poner a su disposición el legislador competente¹². Por otro lado, en el ámbito competencial, este mandato va a exigir que se requiera la anuencia expresa de los pequeños municipios para encomendarles nuevas tareas.

4. *¿Cuáles son los principales ámbitos en los que debe jugar el principio de diferenciación?*

Sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva, es posible identificar cinco campos en los que este principio ha de ser necesariamente respetado, mediante el establecimiento de las disposiciones oportunas: el organizativo, el procedimental, el competencial y el funcional.

4.1. Disposiciones relacionadas con la organización administrativa: hacia un reforzamiento del órgano monocrático

Para asegurar la adecuada marcha de los pequeños ayuntamientos, conviene dotarlos de un único órgano ejecutivo fuerte, el alcalde, sobre el

¹² M. ALMEIDA CERREDA, *El principio de primacía de la voluntad municipal*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 284, 2000, 821-842.

cual recaiga la responsabilidad de la gestión ordinaria de todos los asuntos. Así se asegura la agilización de su actividad y la existencia de un liderazgo efectivo en el diseño e implementación de todas las políticas públicas.

Naturalmente, esta concentración de funciones en un solo órgano requiere un plus de legitimidad democrática del mismo. Por ello, en los pequeños municipios, se debería poder proceder a la elección directa del alcalde. Hay que destacar que, en el Derecho comparado, es posible encontrar experiencias muy positivas en esta línea¹³. Así las cosas, sería oportuna una modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que permitiese que, en los ayuntamientos con menos de 5.000 habitantes, se efectuase la elección directa del alcalde, cuando así se haya establecido en su reglamento orgánico¹⁴.

Reforzar la posición institucional del alcalde implica que a este se le deben atribuir diversas competencias que, en los municipios de régimen común, corresponden al pleno. En concreto, todas las facultades de tipo administrativo, dejando a este último solo las funciones de tipo netamente político.

Así, en los pequeños ayuntamientos, podrían ser competencia del alcalde, además de las previstas actualmente en el artículo 21 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), las siguientes:

- a) la celebración de contratos y convenios.
- b) el otorgamiento de concesiones de toda clase.
- c) la aprobación de proyectos de obras y servicios.
- d) la concertación de operaciones de crédito.
- e) la adquisición de bienes y derechos.
- f) las enajenaciones patrimoniales y las permutas de bienes inmuebles.
- g) el ejercicio de acciones judiciales y administrativas y la defensa de la corporación.
- h) la declaración de lesividad de los actos del ayuntamiento dictados por él.

¹³ S. Díez Sastre, *Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos*, in *Documentación Administrativa*, 6, 2019, 244; P. Mahillo García y A. Galán Galán, *La reforma del régimen electoral local: el alcalde, entre la elección directa y la designación automática*, in M. Arenilla (eds.), *La elección directa del alcalde*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2015.

¹⁴ T. Font i Llovet y A. Galán Galán, *Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización*, in *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2014, 26.

Por otro lado, este reforzamiento funcional del alcalde requiere, además, el reconocerle un verdadero poder normativo propio¹⁵ Así, en la LBRL, se debería recoger, de manera clara, que, en los pequeños ayuntamientos, la potestad reglamentaria se ejercerá a través de bandos de la alcaldía y ordenanzas del pleno. Así, el alcalde podrá dictar bandos e instrucciones: los bandos serían auténticas disposiciones generales de carácter ordinamental; mientras que las instrucciones serían meras directrices de funcionamiento, a través de cuales se dirigen las actividades de los órganos jerárquicamente dependientes, comprendiendo, por tanto, también, la categoría de las órdenes de servicio.

En consecuencia, por ejemplo, las bases reguladoras de las subvenciones, en los pequeños municipios, se deberían aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de un bando general de subvenciones o mediante un bando específico para las distintas modalidades de subvenciones.

Para la aprobación de estos bandos, de carácter reglamentario, en la LBRL, se deberían fijar un conjunto mínimo de reglas procedimentales.

Finalmente, en relación con el status del alcalde y de los concejales en los pequeños municipios, dada su reducida población y los intensos lazos de parentesco entre sus miembros, se debería reconsiderar el régimen de incompatibilidades y conflictos de interés al que están sometidos ellos y sus familiares.

4.2. Disposiciones relacionadas con el funcionamiento de los órganos municipales

4.2.1. La adaptación de las reglas procedimentales básicas a seguir en los pequeños municipios

Dada la escasa complejidad de la mayoría de los procedimientos que se siguen en los ayuntamientos de pequeñas dimensiones, parece lógico que estos, de conformidad con el principio de simplificación y celeridad procedimental, se tramiten de la forma más sencilla y ágil posible.

Por ello, sería oportuno que se introdujese una Disposición Adicional en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administra-

¹⁵ S. FARRE TOUS, *Los bandos del alcalde*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 273, 1997, 128.

tivo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) que estableciese que:

a) en los pequeños municipios, todos los procedimientos administrativos se tramitarán de forma simplificada, incluso aunque exijan la realización de trámites no previstos en el artículo 96, los cuales simplemente se añadirán a esta gestión simplificada de los expedientes.

b) no obstante lo indicado, en cualquier momento del procedimiento que sea anterior a su resolución, el órgano competente podrá acordar, de forma excepcional, la tramitación ordinaria por imperiosas razones de interés público.

4.2.2. La simplificación de las reglas procedimentales a seguir por los pequeños municipios en diversos sectores de su actividad

4.2.2.1 La simplificación de los procedimientos de carácter económico: presupuestarios, contables y de control

La reducida entidad de los recursos que, como máximo, manejan los micromunicipios, menos de 600.000€, y los pequeños municipios, menos de 3.000.000€, permitiría autorizar que ambos empleasen sendos modelos abreviados de presupuestos¹⁶.

La simplificación de estos, por ejemplo, se podría referir a la clasificación por programas. Así, en el caso de los micromunicipios, la codificación sólo debería tener un desarrollo de primer grado, señalando el área de gasto. A su vez, en el supuesto de los pequeños municipios, la categorización por programas debería tener una concreción de segundo grado, por lo que tendría que indicar las áreas de gasto y las políticas de gasto. Se trataría de retornar, aproximadamente, a lo que establecía el artículo 167.5 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, desarrollado por el artículo 10 “Clasificaciones aplicables a las entidades locales de menos de 5.000 habitantes” de la Orden EHA/3565/2008, de 3 de diciembre, por la que se aprueba la estructura de los presupuestos de las entidades locales.

Además de estas reglas, sería conveniente que, en la normativa de régimen local, se introdujesen regímenes simplificados para, por ejemplo:

¹⁶ M. P. ORTEGA JIMÉNEZ, *Pequeños municipios. La necesaria simplificación de las actuaciones en materia contable y de gestión presupuestaria*, in *Revista de estudios locales. Cunal*, 255, 2022, pp. 120-140.

la aprobación de los presupuestos; la redición de cuentas; el suministro de información a Hacienda o la realización de auditorías.

4.2.2.2. *La flexibilización de las reglas en materia de contratos públicos*

La normativa sobre contratación pública es uno de los sectores del Ordenamiento jurídico técnicamente más complejos, aunque, al mismo tiempo, es uno de los más empleados por los operadores locales en su día a día, ya que los contratos, en la actualidad, constituyen mecanismos indispensables para implementar todo tipo de políticas públicas. En consecuencia, la adecuación (en el sentido de simplificación) de sus normas a la realidad de los pequeños municipios ha de ser una prioridad.

En esta línea, es evidente que la regulación de los contratos del sector público local, en España, es susceptible de numerosas mejoras. No obstante, en el presente trabajo, se pondrá el foco, exclusivamente, sobre tres que se consideran esenciales para la mejor, más rápida y más fácil gestión de los procedimientos contractuales por los pequeños ayuntamientos.

En primer lugar, en consonancia con lo que hacen las propias instituciones de la Unión Europea, *mutatis mutandis*, se deberían ampliar los umbrales dentro de los cuales es posible recurrir a los contratos menores¹⁷. Si bien, como contrapeso, para evitar situaciones de mala administración, se debería incorporar al Ordenamiento español el principio de rotación de los adjudicatarios, vigente en los sistemas italiano y vaticano¹⁸. Este mandato impone que los contratos menores se adjudiquen, por orden cronológico, a los licitadores que se inscriban en un registro creado con esta finalidad. Se trata de una medida mucho más efectiva, desde el punto de vista de la integridad pública, que la solitud de tres presupuestos, que, por vía de instrucción, se quiere imponer en nuestro sistema. Esta práctica, por una parte, puede ser de difícil cumplimiento en los pequeños municipios, donde quizás no haya esos tres operadores, y, por otra parte, constituye un estímulo a la realización de actuaciones poco éticas, como la solicitud de ofertas de “favor”, para complimentar el expediente.

¹⁷ M. ALMEIDA CERREDA, *Passation des marchés et des concessions de l'administration de l'Union européenne*, in J. B. AUBY y J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2022, 147.

¹⁸ N. BETETOS AGRELO, *El uso de la contratación pública para promover el desarrollo territorial equilibrado*, in C. NAVARRO GÓMEZ, A. R. RUIZ PULPÓN, F. VELASCO CABALLERO in J. CASTILLO ABELLA (coords.), *Actas del I Congreso interdisciplinar sobre despoblación. Diagnóstico, territorio y gobierno local*, Instituto de Derecho Local, Madrid, 2022, 497.

En esta misma senda, en segundo lugar, sería oportuno alzar los límites por debajo de los cuales es posible recurrir al procedimiento abierto simplificado, disciplinado en el artículo 159 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). En efecto, se puede defender que dichas cifras se podrían duplicar, tanto para los contratos de obras, como para los contratos de suministros y servicios.

Finalmente, en tercer lugar, convendría aligerar las cargas burocráticas para los pequeños ayuntamientos en la gestión de los contratos públicos, eximiéndolos, por ejemplo, de la necesidad de contar con la figura de responsable del contrato, exigida por el artículo 62 LCSP, en atención a las reducidas dimensiones de los negocios celebrados por ellos.

4.3. Disposiciones relacionadas con la adecuación entre las competencias atribuidas a los pequeños municipios y su efectiva capacidad de gestión

En este sector, es posible concebir dos tipos de actuaciones: la efectiva exigencia de una justificación reforzada a la hora de otorgar atribuciones a los pequeños ayuntamientos y el fortalecimiento de la autonomía de estos, confiriéndoles la capacidad de aceptar o rechazar la encomienda de nuevas tareas públicas.

Así, en primer lugar, para asegurar el respeto de este principio de adecuación de las funciones que se atribuyen a los pequeños municipios a su capacidad de gestión real (producto de sus concretos recursos humanos, materiales y financieros), es necesario que se cumpla la obligación de que cada norma que les confiera nuevas competencias explique, en su exposición de motivos o preámbulo o en la memoria justificativa correspondiente, la ponderación efectuada de tal principio y el grado de realización del mismo que plantea, de conformidad con lo dispuesto en el nuevo artículo 25.6 LBRL¹⁹.

Dicha decisión, previamente, ha de ser informada por los órganos de cooperación que se establezcan, donde se dará audiencia a los pequeños municipios²⁰.

¹⁹ F. ROMERO ALCÁNTARA, *Una visión crítica sobre los efectos del Libro Tercero del Real Decreto Ley 6/2023 en el ámbito de las entidades locales*, in *Revista digital CEMCI*, 62, 2024.

²⁰ L. MEDINA ALCOZ, *La participación de los entes locales en la elaboración de nor-*

Es evidente que lograr el efectivo respeto de este principio no será una tarea sencilla. Hoy en día, es fácil comprobar que los legisladores, estatal y autonómicos, no se muestran receptivos a establecer diferencias entre gobiernos locales, en la medida en que siguen prefiriendo apostar por la uniformidad regulatoria, la cual, como se ha explicado, es insostenible para los pequeños municipios. Un ejemplo de esta falta de sensibilidad se puede encontrar en la reciente Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en cuyo preámbulo se puede leer: “Así, si bien es cierto que la Directiva atribuye a los Estados miembros la decisión de dispensar de algunas obligaciones a los municipios de menos de diez mil habitantes, esta ley no contempla esta excepción. En consecuencia, atendiendo a la necesidad de ofrecer un marco común y general de protección de los informantes [...] se extiende a todos los municipios la obligación de contar con un Sistema interno de información [...] cada administración local ten[drá] un responsable de su sistema interno de informaciones”.

En segundo lugar, es posible defender que la asunción de nuevas funciones por parte de los pequeños ayuntamientos ha de ser facultativa. Así, el principio de primacía de la voluntad municipal, referido al incremento de los ámbitos de actuación, debería inspirar el futuro estatuto de los pequeños municipios. En este sentido, en la LBRL, debería incorporarse un nuevo párrafo al apartado 6 del artículo 25, en el que se señalase que la efectividad de la atribución de nuevas competencias a los pequeños ayuntamientos requerirá su aceptación por cada uno de los entes interesados, y, que, en defecto de esta, la comunidad autónoma tendrá que determinar la administración que, en cada caso, habrá de asumir la tarea de que se trate.

Para cerrar este epígrafe, se debe hacer patente que ambos mecanismos adolecen del mismo defecto. Se trata de medidas con un bajo poder coercitivo: nulo frente al legislador estatal y bajo frente a los legisladores autonómicos, los cuales sólo tendrán que asumir el riesgo eventual de que sus normas sean declaradas inconstitucionales, en muchos casos, transitando por la infructuosa vía del conflicto en defensa de la autonomía local²¹. No obstante, quizás, la activación de estas previsiones podría

mas autonómicas y estatales, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2009, *passim*.

²¹ L.A. POMED SÁNCHEZ, *El conflicto en defensa de la autonomía local: mayoría de*

servir, al menos, para suscitar el debate sobre el principio de adecuación en sede parlamentaria y para contribuir, así, poco a poco, a la superación de la cultura de la uniformidad jurídica.

4.4. Disposiciones referidas a la prestación de servicios por los pequeños municipios

4.4.1. La dispensa de la prestación de servicios obligatorios

En este punto, para la optimización del cumplimiento del principio de adecuación, parece necesario recuperar, en la legislación básica, la posibilidad de que los pequeños ayuntamientos puedan solicitar de la comunidad autónoma respectiva la dispensa de la obligación de prestar los servicios mínimos que les corresponden, según lo dispuesto en el artículo 26.1 LBRL. Y ello aunque no sea previsible un uso significativo de este mecanismo²². Esta opción, que se contemplaba en la redacción original de la LBRL, fue suprimida *a radice* por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Ahora bien, dicha operación debería efectuarse teniendo en cuenta el principio de diferenciación, de modo que se contemplen dos regímenes diversos: uno para los micromunicipios y otro para los pequeños municipios.

En el caso de los primeros, se debería establecer una presunción *iuris et de iure* de dificultad de gestión de los servicios obligatorios. Por ello, siempre que estos demandasen a la comunidad autónoma donde se hallen enclavados la exención de la obligación de prestar uno o varios de los servicios mínimos, esta se la debería conceder, sin más trámite que individuar la entidad que habría de hacerse cargo de dichos servicios, previa audiencia de la misma.

Por el contrario, en el supuesto de los pequeños municipios, estos tendrían que solicitar a la comunidad autónoma correspondiente la dispensa, temporal o indefinida, de la obligación de prestar todos o alguno de los servicios mínimos, justificando, en cada caso, tanto la excesiva carga que para ellos supondría la implantación y/o prestación de cada servicio, como la imposibilidad de establecer y/o erogar el mismo recurriendo a fórmu-

edad en soledad. Balance escéptico de dieciocho años de existencia del conflicto en defensa de la autonomía local, in *Anuario del Gobierno Local*, 2017, *passim*.

²² M. ALMEIDA CERREDA, *La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local*, cit., 85.

las colaborativas o de gestión conjunta. Además, dicha petición debería de acompañarse de una propuesta de reasignación de las obligaciones de prestación del servicio público de que se tratase. Este proyecto, con carácter previo, tendría que haber sido comunicado y negociado, de buena fe, con la entidad que se identificase como posible prestadora substituta del servicio o servicios mínimos objeto de la instancia de exoneración.

La comunidad autónoma competente, una vez recibida la petición de dispensa y la documentación anexa, la tendría que examinar, y previa audiencia de todas las entidades locales afectadas, proceder bien a rechazar el otorgamiento de la exención o bien a concederla, por el tiempo que estimase oportuno, y a fijar la entidad que durante el mismo debería de responsabilizarse del servicio o servicios de que se tratase.

4.4.2. La ampliación de los sistemas de gestión conjunta de los servicios públicos municipales

Para facilitar la erogación de servicios públicos en los pequeños municipios, sería conveniente que se incluyesen en la legislación básica nuevas (aunque no novedosas, en cuanto que ya se disciplinaron o se hallan regulados a nivel autonómico) fórmulas de prestación conjunta, ágiles y poco burocráticas.

Esta exigencia no ha sido cubierta por el artículo 28 LBRL introducido por el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, ya que este se limita a “permitir” que, en determinados municipios de menos de 20.000 habitantes, se implanten por la comunidad autónoma sistemas de gestión colaborativa para el cumplimiento de sus funciones con la conformidad previa del municipio concernido y el informe de las entidades locales afectadas, previsión esta última poco acorde con el espíritu del principio de autonomía local.

Por ello, sería conveniente que la normativa básica de régimen local conceptualizase y fijase un mínimo régimen legal común respecto de figuras como la gestión compartida convencional y las agrupaciones o comunidades de municipios,

Por una parte, la gestión compartida por vía convencional podría ser descrita, en la LBRL, como la unión, sin personalidad jurídica, de pequeños municipios, colindantes o no, que tiene como objeto la realización de funciones administrativas o la prestación de determinados servicios en común. Su disciplina debería establecer que esta se articulará mediante un convenio marco suscrito por los antedichos ayuntamientos, y, even-

tualmente, por la diputación provincial respectiva y/o por la comunidad autónoma y que tal convenio marco se desarrollará por convenios específicos, para cada una de las funciones o de los servicios que se incluyesen en él. En este último punto, se podría fijar, además, alguna especialidad de estos convenios respecto de la regulación general contenida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), como podría ser la duración indefinida de los mismos.

Por otro lado, las agrupaciones de municipios podrían definirse como un ente institucional integrado, voluntaria u obligatoriamente, por varios municipios, los cuales conservan su propia personalidad jurídica, para el desarrollo conjunto de concretas funciones, actividades o servicios. La regulación de esta figura debería inspirarse, extrayendo las reglas esenciales, en las comunidades de municipios que se encuentran reguladas en los artículos 123 y siguientes del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña²³.

4.5. Disposiciones referidas a las relaciones interadministrativas

En este campo, en el vigente Ordenamiento local, existe una importante laguna. No se contemplan, de modo específico, las relaciones intermunicipales. Las cuales, verdaderamente, pueden ser un importante medio para que los pequeños municipios afronten, de forma conjunta o apoyándose en un ayuntamiento de mayores dimensiones, el desempeño de las funciones y la erogación de los servicios que les encomiende la normativa. Es, por ello, que convendría que, en la regulación básica de régimen local, se disciplinasen tanto las delegaciones intermunicipales de competencias, como las encomiendas intermunicipales de competencias, estableciéndose, de ser necesario, alguna especialidad de estas respecto del régimen común contenido en la LRJSP.

5. Epílogo

A tenor de lo indicado el 16 de octubre de 2024 por el Secretario de Estado de Medio Ambiente en la Comisión de Despoblación y Reto

²³ A. GALÁN GALÁN, *La creación de la figura de la «Comunidad de Municipios» por la Ley Catalana 21/2002, de 5 de julio, de séptima modificación de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen local de Cataluña*, en *Revista General de Derecho Administrativo*, 1, 2002, *in totum*.

Demográfico del Senado es previsible que la elaboración de un régimen especial para los municipios de menor dimensión se dilate en el tiempo de forma considerable y, por ello, que la completa implementación del principio de diferenciación en el nivel municipal español sea una cuestión de años, como mínimo.

Il concetto di autonomia locale e la Carta europea dell'autonomia locale

MAURO RENNA

SOMMARIO: 1. Autonomie locali. Interesse e rilevanza del tema. – 2. Le basi costituzionali dell'autonomia locale. – 2.1. Principio autonomistico quale espressione del fondamento personalista della Costituzione. – 2.2. Le nobili origini: l'ordine del giorno Dossetti. La relazionalità intrinseca della persona umana. – 2.3. Famiglia e comune sono formazioni sociali originarie. – 2.4. Il comune quale centro della vitalità democratica della Repubblica e della sussidiarietà orizzontale. – 3. La Carta europea dell'autonomia locale. – 3.1. Adozione e ratifica della Carta. – 3.2. Ragioni di fondo. Concetto di autonomia sposato dalla Carta. – 3.3. Giuridicità e vincolatività. – 3.4. Principi sull'allocatione delle funzioni. – 4. Unicità e responsabilità dell'amministrazione. – 4.1. La precisazione delle funzioni degli enti locali alla luce di sussidiarietà e adeguatezza. – 4.2. Gli antagonisti "buoni" della sussidiarietà: unicità e responsabilità dell'amministrazione. – 4.3. Le fonti del principio di unicità-responsabilità: Costituzione, Schema e Carta europea. – 4.4. La crisi delle Regioni e il percorso per l'autonomia differenziata. – 4.5. La revisione complessiva dell'assetto delle autonomie locali equilibra e completa il tentativo di rilancio delle Regioni. – Bibliografia finale.

1. Autonomie locali. Interesse e rilevanza del tema

Come ben sanno i colleghi italiani oggi presenti, il tema oggetto di questa sessione mi è assai caro, così come è stato caro ai miei Maestri. A loro devo le linee portanti dell'intervento odierno, a partire dalla rilettura e forte valorizzazione delle autonomie locali in termini di "enti comunitari", secondo la nota espressione coniata da Feliciano Benvenuti¹.

Non è raro, in effetti, che nel dibattito politico degli ultimi anni riguardo al tema degli enti locali si venga immediatamente attratti nella discussione circa i loro aspetti più tecnici e meccanismi di funzionamento, nella diatriba sulle leggi elettorali o anche sul c.d. costo della democrazia e sulle istanze di contenimento dei costi dell'organizzazione amministrativa.

¹ Per i quali, v. BENVENUTI (1961) e BENVENUTI (1965), nonché PASTORI (1962).

E sono naturalmente profili importanti, di cui legislatori, uomini delle istituzioni e studiosi devono – dobbiamo – occuparci.

Ma ciò che oggi mi viene chiesto di affrontare è un concetto di collocazione ben più alta.

Credo sia decisivo, nell'affrontare questo argomento, ritornare in principio al fondamento radicalmente costituzionale della questione. Non si tratta qui soltanto d'un gioco di alchimie organizzative, di meccanica istituzionale. Quando viene in campo l'autonomia locale – e specialmente quella comunale – siamo alle radici "più fondamentali" del nostro ordinamento.

Dalla vitalità dell'autonomia locale², e specialmente di quella dei comuni, dipende in grandissima parte la possibilità di un effettivo dialogo tra il cittadino (meglio: la persona) e il potere pubblico, incarnato, al suo livello di maggiore prossimità, dal comune, dai suoi servizi, dai suoi rappresentanti e dai suoi dipendenti.

Questo contributo conterà di tre parti. Comincerà col sottolineare ancora una volta la valenza profondamente costituzionale, nel contesto italiano, dell'autonomia locale; passerà poi a dimostrarne altresì l'addentellato nel tessuto del diritto convenzionale europeo (la Carta europea dell'autonomia locale) e le reciproche influenze con il diritto interno; per concentrarsi infine sulle prospettive a mio avviso più decisive e più promettenti della riforma, oggi *in itinere*, del testo unico in materia³.

2. *Le basi costituzionali dell'autonomia locale*

2.1. *Principio autonomistico quale espressione del fondamento personalista della Costituzione*

L'articolo 5 della Costituzione italiana⁴, che sancisce il cosiddetto

² E si potrebbe dire, forse, più in generale, dall'organizzazione amministrativa, in virtù della formulazione dell'articolo 97, secondo comma, della Costituzione; v. sul punto BERTI (1968), p. 73; ma il discorso vale con una pregnanza costituzionale specifica se riferito ai soli aspetti organizzativi che si intersecano con l'autonomia locale.

³ È di prossima approvazione in Consiglio dei ministri uno "Schema di disegno di legge recante delega al Governo per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali": il testo è circolato ampiamente in questi mesi ed è stato presentato nel corso di alcuni convegni.

⁴ Ne riporto qui il testo, con due enfasi sui verbi notoriamente decisivi di questa disposizione: «La Repubblica, una e indivisibile, *riconosce* e *promuove* le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo;

“principio autonomista”, siede con onore tra i principi fondamentali e gioca – dovrebbe giocare – tra essi un ruolo decisivo, fortemente intrecciato con tutti gli altri (e specialmente quelli di cui ai primi 4 articoli).

Unità della Repubblica, principio autonomista e principio di sussidiarietà sono nel cuore più vivo della nostra Carta costituzionale. E sono d'altra parte, secondo la migliore dottrina, il risvolto istituzionale della precisa scelta di fondo del nostro costituente quanto al fondamento stesso dell'ordinamento repubblicano: il c.d. principio personalista (anche nella sua accezione solidarista), di cui all'articolo 2 della Costituzione.

Come noto, la formulazione dell'articolo 2 risente con evidenza sicura del – pur mai votato – Ordine del giorno della Prima Sottocommissione proposto da Giuseppe Dossetti, che mi permetto di riportare qui nei suoi passaggi più decisivi:

«La Sottocommissione, esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell'uomo; esclusa quella che si ispiri ad una visione totalitaria, la quale faccia risalire allo Stato l'attribuzione dei diritti dei singoli e delle comunità fondamentali; ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell'Italia debba soddisfare, è quella che:

- a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella pienezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali, ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella;
- b) riconosca ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose) e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, lo Stato;
- c) che perciò affermi sia l'esistenza dei diritti fondamentali delle persone, sia dei diritti delle comunità anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato».

2.2. Le nobili origini: l'ordine del giorno Dossetti. La relazionalità intrinseca della persona umana

L'impostazione costituzionale si fonda sulla “precedenza sostanziale” della persona umana, così ben sintetizzata da Dossetti, ma – rigettando

adeguata i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento».

le impostazioni individualiste – si fonda sulla precedenza della *persona umana in relazione*, riconosciuta cioè nella sua intrinseca socialità (v. per esempio Corte cost. n. 297/96, sul diritto al mantenimento del cognome materno, accanto a quello paterno, in seguito al riconoscimento da parte del padre: la maturazione dell'identità personale è correlata anche all'essere riconosciuto nella comunità in cui si vive)⁵.

E così l'art. 2 Cost.⁶, nel sancire il riconoscimento dei diritti inviolabili, li riconnette anche all'uomo «nelle formazioni sociali». Credo di aver ricordato fin qui cose ampiamente note.

2.3. *Famiglia e comune sono formazioni sociali originarie*

Ma il passaggio successivo – forse meno scontato e meno immediatamente condiviso – è questo. Quali sono le formazioni sociali *riconosciute e promosse* dalla Costituzione? Non ogni aggregato umano è una “formazione sociale”, una “comunità intermedia” protetta dalla Costituzione: non lo è una banda di ladri, non lo è – semplicemente e in quanto tale – un gruppo di amici.

Ebbene, alcune di esse sono artificiali, altre naturali. E credo di poter dire che forse le uniche due davvero originarie e naturali siano precisamente: la famiglia e... il comune! Se l'affermazione sembra ardita (non quanto alla famiglia, forse: davvero pochi ne dubitano), nel riferirla in particolare ai comuni mi sento in dovere di spendere solo qualche parola in più.

Anche per questi enti, in effetti, l'accettazione della loro originarietà è diffusamente condivisa⁷.

Se mi è consentita una citazione retorica, con Alexis de Tocqueville, dirò che «I regni li hanno costruiti gli uomini, ma i comuni vengono direttamente dalle mani di Dio» (*La democrazia in America*, vol. I, 1835).

Oltre a ovvie considerazioni storiche (la ricca tradizione municipale italiana), la centralità dell'ente locale nell'assetto del nostro ordinamen-

⁵ MORTATI (1959), pp. 7-8; FERRI (1985), p. 186; MOUNIER (1936, trad. it. 1975), pp. 65-67. V. anche CARTABIA (2009).

⁶ Del quale, per facilità di lettura, ricordo qui il testo: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

⁷ BALBONI (2020). Con una sottolineatura in parte diversa, PASTORI (1962), specialmente pp. 19 ss.: il riconoscimento degli enti locali suppone non tanto una loro “originarietà” in termini cronologici, ma piuttosto la «contemporaneità naturale fra i due fenomeni giuridici, statuale e locale».

to – insisto – ha base costituzionale: specialmente negli artt. 2 e 5, di cui si è parlato, ma anche – naturalmente – nel novellato Titolo V della parte II e specialmente nei nuovi art. 114 e art. 118, primo comma.

2.4. Il comune quale centro della vitalità democratica della Repubblica e della sussidiarietà orizzontale

Più esplicitamente è stato detto in particolare che «la democrazia locale, specialmente nella sua dimensione comunale, è il centro della democrazia costituzionale, di cui è un'insostituibile sorgente di vitalità»⁸. In questo senso si muovevano d'altronde le brillanti considerazioni svolte prima di me da Fulvio Cortese: il comune è luogo di vitalità democratica della Repubblica e, insieme, sede privilegiata per lo svolgimento della sussidiarietà orizzontale, come cercherò di spiegare più sotto.

Ancora, è stato dimostrato in modo convincente che il principio autonomistico è strettamente correlato al fondamento lavoristico e solidaristico della Costituzione.

Tutti quanti sono coerenti corollari decisivi del principio personalista: «Il richiamo al lavoro contenuto nell'art. 1 Cost. significa infatti l'opzione per una democrazia non principalmente di investitura, retta cioè sulla selezione di una classe politica cui siano delegate le decisioni sull'ordinamento dei rapporti sociali, ma intessuta dal contributo quotidiano – feriale – dei cittadini e dunque dalla loro partecipazione alla costruzione della convivenza. Si prefigurava in questo modo, da parte dei costituenti, una «democrazia sostanziale», che si sarebbe dovuta alimentare delle forme di partecipazione alle diverse sfere del vivere civile: il lavoro in senso stretto, l'impegno sociale, il tempo della cura, il ruolo delle istituzioni, ecc.... È chiaro come una simile accezione di democrazia sostanziale, o del lavoro, abbia bisogno vitale di affondare le radici nel terreno di autonomie (sociali e istituzionali) che siano in grado di riconoscere, accogliere e promuovere le concrete disponibilità ed espressioni di partecipazione»⁹.

E l'autonomia istituzionale a ciò deputata, nonché materialmente capace, di questo compito è precisamente il Comune, l'ente locale di prossimità.

Non credo sfugga la profonda connessione dell'autonomia locale – e del connesso principio di sussidiarietà nella distribuzione delle funzioni amministrative tra i diversi livelli di governo – con la sussidiarietà

⁸ PIZZOLATO (2021), pp. 175 ss.

⁹ Ivi, p. 177.

orizzontale. Da quanto detto già si intravede che *quella* sussidiarietà è strettamente legata a *questa*: il Comune, il più prossimo degli enti locali (gli enti comunitari direbbero i miei Maestri), è il bacino fisico e la sede istituzionale naturale di interazione tra le due. Come è stato efficacemente detto: «proprio la dimensione locale rappresenta il punto di incrocio tra le dimensioni della sussidiarietà verticale e orizzontale... La “città” è esattamente il luogo della possibilità di un’integrazione concreta e continua tra le sfere istituzionale e civica»¹⁰.

3. *La Carta europea dell'autonomia locale*

3.1. *Adozione e ratifica della Carta*

Vengo dunque all'accennato addentellato dell'autonomia locale nel diritto convenzionale. E ricordo innanzitutto alcuni brevissimi dati di cornice circa il principale trattato in materia.

La Carta europea dell'autonomia locale (CEAL), elaborata nell'ambito del “Congresso dei poteri locali e regionali”¹¹, organo del Consiglio d'Europa (i c.d. “47”), è stata firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 dicembre 1989, n. 439.

Un Protocollo addizionale, dedicato al «*diritto di partecipare agli affari pubblici delle collettività locali*», è stato sottoscritto a Utrecht il 16 novembre 2009 ed è stato recentemente ratificato dall'Italia con legge 8 giugno 2023, n. 77, seppure con ancora scarsa reazione in dottrina (e quasi nessuna nella cronaca).

3.2. *Ragioni di fondo. Concetto di autonomia sposato dalla Carta*

Nel suo Preambolo, la Carta europea sposa nel modo più pieno una visione ideale “alta” e non meramente organizzativa del ruolo delle autonomie locali, in maniera consonante con la lettura del dettato costituzionale di cui si è detto.

«Considerando che gli enti locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico;

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Istituito con la diversa originaria denominazione di “Conferenza permanente dei poteri regionali e locali dell'Europa” già nel 1957.

Considerando che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici fa parte dei principi democratici comuni a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa;

Convinti che è a livello locale che il predetto diritto può essere esercitato il più direttamente possibile».

E all'art. 3, rubricato "Concetto di autonomia locale", nel suo primo paragrafo, la Carta offre dell'autonomia locale una definizione che trovo rilevante ai fini di ciò che vorrei proporre più avanti:

«1. Per autonomia locale s'intende il diritto e la capacità effettiva, per gli enti locali, di regolamentare ed amministrare nei limiti stabiliti dalla legge, sotto la propria responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici».

Mentre il secondo paragrafo contiene una disposizione decisiva nel dibattito sulla controversa necessità della natura elettiva degli organismi rappresentativi degli enti locali:

«2. Tale diritto è esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a *suffragio libero, segreto, paritario, diretto ed universale*, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti. Detta disposizione non pregiudica il ricorso alle assemblee di cittadini, al referendum, o ad ogni altra forma di partecipazione diretta dei cittadini, qualora questa sia consentita dalla legge».

3.3. *Giuridicità e vincolatività*

Nell'evocare il contributo al dibattito offerto dalla Carta, non si può non affrontare l'articolata questione circa la sua giuridicità e vincolatività.

A livello internazionale, la Carta ha indubbiamente un ruolo importante, sotto il profilo culturale e politico, nella tutela dell'autonomia. Sotto il profilo giuridico, invece, il peso della Carta sembra oggi ancora piuttosto limitato.

Mancano, *in primis*, garanzie internazionali di tipo giurisdizionale a tutela delle disposizioni della Carta. È assente, in altre parole, una "corte europea dell'autonomia locale" che, in maniera analoga alla Corte europea dei diritti dell'uomo, vigili sull'osservanza delle norme del trattato internazionale.

Il controllo sul rispetto della Carta è di fatto rimesso al Consiglio d'Europa (e, in particolare, al Congresso dei poteri locali e regionali) che

tuttavia, lungi dal poter disporre di strumenti giurisdizionali di garanzia, è soltanto in grado di promuovere azioni per rafforzare la posizione della Carta da un punto di vista politico e culturale: per esempio, attività di monitoraggio, rapporti periodici e possibilità di denuncia di violazioni della Carta da parte di enti locali e loro associazioni, che possono condurre all'adozione di risoluzioni e raccomandazioni (queste pure di valenza eminentemente politica e diplomatica).

Sul piano interno, un possibile rimedio alla rilevata posizione di debolezza potrebbe essere rappresentato dall'utilizzo della CEAL come parametro di legittimità costituzionale delle leggi. Una strada, quest'ultima, proposta dalla dottrina maggioritaria¹² e più debolmente accennata nelle aule della giustizia costituzionale.

In alcune occasioni (non molte a dire il vero), la Carta europea dell'autonomia locale è stata invocata quale parametro interposto di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (rispetto degli obblighi internazionali)¹³. In ancora meno casi la Corte si è soffermata sul ruolo della CEAL e sulla sua rilevanza nell'ordinamento giuridico interno¹⁴.

Riporto qui una breve rassegna di alcune delle più significative sentenze della Corte costituzionale.

Nella sentenza n. 33/2019 (nella fattispecie, era stata invocata la violazione dell'art. 3 della Carta in relazione alla compressione dell'autonomia regolamentare dei comuni nella definizione degli ambiti ottimali per l'esercizio associato delle funzioni fondamentali), la questione è stata dichiarata assorbita: la Corte non si è pronunciata sul 'valore' di parametro interposto della Carta, ma neppure lo ha escluso.

Nella sentenza n. 50/2015 (nella fattispecie, era stato invocato l'art. 3, par. 2, della Carta quale parametro interposto di costituzionalità in relazione alla l. n. 56/2014, nella parte in cui ha previsto l'elezione 'indiretta' degli organi di governo provinciale e metropolitano), la Corte ha richiamato la «natura di mero indirizzo della suddetta Carta europea [...] al fine di escludere l'idoneità delle disposizioni della Carta stessa ad attivare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.». Ma poi ha

¹² Rinvio per tutti ad ANTONELLI (2012).

¹³ Le sentenze sono, ovviamente, tutte successive al 2007, anno delle "sentenze gemelle" che hanno per la prima volta attribuito ai trattati internazionali il valore di parametri di costituzionalità interposti.

¹⁴ Nella maggior parte dei casi, infatti, l'invocazione della CEAL non ha trovato alcun seguito da parte dei giudici (cfr. 220/2013; 229/2013; 44/2014; 154/2016).

dichiarato la questione infondata, dal momento che «la Carta, nel richiedere che i membri delle assemblee siano “*freely elected*”, ha, sì, un rilievo centrale quale garanzia della democraticità del sistema delle autonomie locali, ma va intesa nel senso sostanziale della esigenza di una effettiva rappresentatività dell’organo rispetto alle comunità interessate» (come oggi sottolineava in apertura Emanuele Boscolo).

«In questa prospettiva non è esclusa la possibilità di una elezione indiretta, purché siano previsti meccanismi alternativi che comunque permettano di assicurare una reale partecipazione dei soggetti portatori degli interessi coinvolti». Annoto soltanto che, in realtà, l’art. 3.2 della CEAL non parla solo di suffragio “libero”, ma anche di suffragio “universale” e “diretto” (profilo, quest’ultimo, totalmente ignorato dalla Corte).

Coerentemente, dunque, a mio avviso, il testo unificato Atto Senato n. 57 della XIX Legislatura sulla riforma del sistema elettorale di province e città Metropolitane, in corso d’esame parlamentare, intende ripristinare il sistema di elezione a suffragio universale diretto del presidente della provincia e dei consiglieri provinciali, nonché introdurre il medesimo sistema elettorale anche per il sindaco e per il consiglio metropolitano: occorre riconoscere alla CEAL – già sotto questo profilo – un indubbio ruolo di impulso e di orientamento del prospettato intervento riformatore.

Nella sentenza n. 325/2010 (la questione era relativa alla gestione del servizio idrico), la Corte aveva invece negato la possibilità di invocare la CEAL quale parametro in virtù del tenore non precettivo della sua formulazione: «gli evocati articoli della Carta europea dell’autonomia locale non hanno uno specifico contenuto precettivo, ma sono prevalentemente definitivi (art. 3, comma 1), programmatici (art. 4, comma 2) e, comunque, generici (art. 4, comma 4)».

Insomma, nei pochi casi in cui la Corte ha preso posizione sul valore vincolante o meno della CEAL, l’idoneità di quest’ultima a rappresentare un parametro interposto di legittimità costituzionale è stata esclusa sulla base di fattori contingenti, quali la genericità degli articoli invocati in relazione alla specifica questione sollevata (sentenza n. 325/2010); mentre in altri casi, pur predicando un valore eminentemente programmatico della Carta, la Corte costituzionale si è comunque spinta in un giudizio di merito (sentenza n. 50/2015).

Sicché, nonostante non vi sia mai stata una pronuncia della Corte in questo senso, a mio modo di vedere, e come sostenuto anche dalla dottrina assolutamente maggioritaria, la Carta europea dell’autonomia lo-

cale può certamente fungere da parametro interposto di costituzionalità *ex* art. 117, primo comma, Cost. (rispetto degli obblighi internazionali), non avendo peraltro l'Italia usufruito della possibilità – ammessa dalla medesima Carta – di vincolarsi solo ad alcune delle disposizioni in essa contenute (cfr. art. 12), così come di limitare l'applicazione di essa solo ad alcuni enti locali (cfr. art. 13) o territori (cfr. art. 16). Il che comporta *a contrario* che l'Italia ha ritenuto di vincolarsi a tutte le disposizioni delle CEAL e con riguardo a tutti gli enti locali. A ciò si aggiunga che, sotto molteplici aspetti, la Carta contiene disposizioni tutt'altro che generiche o “di indirizzo”.

Molto opportunamente l'art. 2, co. 1, lett. d), dello Schema di disegno di legge delega per la revisione delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (in prosieguo anche solo: “lo Schema”¹⁵) – recante i principi e criteri direttivi generali – richiama espressamente, oltre al rispetto dei principi derivanti dalla giurisprudenza costituzionale e dal diritto e giurisprudenza UE, anche il rispetto dei principi sanciti dalla Carta europea dell'autonomia locale e dal suo Protocollo addizionale. Pertanto, i principi affermati dalla CEAL sono veri e propri “criteri direttivi” della legge delega. È chiaro dunque che il legislatore si “auto-vincolerebbe” ulteriormente al rispetto della Carta, le cui norme rappresenterebbero perciò un parametro di costituzionalità dell'emanando decreto legislativo di revisione del Testo unico in materia di enti locali, anche in relazione all'art. 76 Cost. (e non solo all'art. 117).

3.4. *Principi sull'allocazione delle funzioni*

Una disposizione della Carta europea che trovo per noi particolarmente significativa è l'articolo 4.

Al paragrafo 3, la disposizione statuisce il principio di sussidiarietà nell'allocazione delle funzioni: «Le responsabilità pubbliche devono essere esercitate di norma e preferibilmente, dalle autorità più vicine ai cittadini. L'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tener conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economia».

È interessante sottolineare che, in relazione al principio di sussidiarietà, si parli non di “esercizio di funzioni” ma di “esercizio delle *responsabilità*”, che deve incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini.

¹⁵ V. *supra*, nota 3.

Questa disposizione è completata dal paragrafo 4, a mente del quale: «Le competenze attribuite agli enti locali devono di regola essere complete ed integrali».

Si precisa subito, cioè, che “l’assegnazione di una responsabilità” deve tener conto dell’ampiezza e della natura del “compito” e delle esigenze di efficacia e di economicità.

Insomma, è vero che il linguaggio dei trattati internazionali è spesso a-tecnico e “sostanzialista”, ma trovo significativo che si parli di attribuzione di responsabilità e compiti, concetti che sembrano proprio fare riferimento al dato teleologico più che a quello delle competenze frazionate; anzi, una lettura complessiva dell’art. 4 esige che l’attribuzione di responsabilità e compiti si accompagni all’attribuzione di competenze quanto più complete e integrali.

Infine, è interessante notare che la Carta mette in relazione sussidiarietà e completezza delle competenze come principi potenzialmente antagonisti. O meglio: mi pare chiaro che l’esigenza di conferire competenze complete possa imporre una deroga al principio di sussidiarietà.

E mi pare questo lo spunto più interessante che ritraggo dalla Carta e che mi conduce ad alcune notazioni conclusive circa le prospettive della riforma generale del Testo unico sugli enti locali, oggi in cammino.

4. *Unicità e responsabilità dell’amministrazione*

4.1. La precisazione delle funzioni degli enti locali alla luce di sussidiarietà e adeguatezza

Un ultimo passaggio, proprio a partire da questa – a mio avviso decisiva – disposizione della Carta europea dell’autonomia.

In particolare, credo che possiamo trarne una importante conferma in ordine ai principi che dovranno reggere l’individuazione delle funzioni degli enti locali e la distribuzione (“l’allocazione”) delle funzioni amministrative ai diversi livelli di governo.

Operazione cui principalissimamente dovrà porre mano il legislatore delegato, in attuazione della progettata norma di delegazione e specificamente dell’art. 3 dello Schema.

Credo di aver dimostrato in alcuni miei studi che in questo campo la sussidiarietà non trovi un proprio antagonista nel principio di ade-

guatezza né nel principio di differenziazione. E che questi ultimi siano piuttosto dei corollari della prima, un suo completamento¹⁶.

L'idoneità del livello di governo più basso a conservare e svolgere con efficacia la funzione amministrativa è infatti elemento intrinseco alla sussidiarietà: la funzione, proprio in applicazione della sussidiarietà, dovrà salire al livello superiore se l'inferiore non è adeguato. E ciò appunto non "in deroga" al principio di sussidiarietà, ma in sua precisa applicazione.

D'altra parte – è noto – nel contesto italiano l'applicazione del principio di sussidiarietà ha svolto principalmente la funzione di "decentrare", di diffondere poteri e responsabilità dal centro alla periferia; e ciò principalmente perché il sistema italiano muoveva da un robustissimo centralismo. Ma è del pari noto che in molti casi (o, spostandoci nel contesto eurounitario, nella maggior parte dei casi) il principio assolve anche alla funzione contraria, di procurare cioè la risalita di funzioni dalle periferie al centro, perché questo possa appunto venire in aiuto – in *subsidium* – dei livelli di governo inferiori.

4.2. Gli antagonisti "buoni" della sussidiarietà: unicità e responsabilità dell'amministrazione

Veri e "buoni" antagonisti del principio di sussidiarietà sono invece i principi di unicità e responsabilità dell'amministrazione.

Riprendo qui la definizione che di tali principi ci è offerta dall'art. 4, co. 3, lett. e), della legge n. 59/1997, a mente del quale unicità e responsabilità dell'amministrazione impongono «l'attribuzione ad un unico soggetto delle funzioni e dei compiti connessi, strumentali e complementari», così da assicurare «l'identificabilità in capo ad un unico soggetto anche associativo della responsabilità di ciascun servizio o attività amministrativa».

L'unicità dell'amministrazione è dunque strettamente connessa alla basilare necessità di assicurare la sua responsabilità, nella duplice accezione di *capacità* (e quindi: attribuzione sia dei necessari poteri decisionali, che delle ugualmente necessarie risorse umane, finanziarie, strumentali etc.) e di responsabilità in senso stretto, ovvero di *accountability*.

Le competenze connesse, collegate, strumentali alla decisione principale devono appartenere all'unico centro decisionale, e dunque – eventualmente – anche a un livello di governo superiore a quello a cui potrebbero essere affidate in ossequio alla sola sussidiarietà – adeguatezza.

¹⁶ Si veda RENNA (2012), pp. 283-306, specialmente 284.

4.3. Le fonti del principio di unicità-responsabilità: Costituzione, Schema e Carta europea

Il principio di unicità-responsabilità era espressamente previsto dalla c.d. Legge Bassanini (uno dei tentativi di riforma organica dell'amministrazione pubblica italiana, risalente alla fine degli anni Novanta). Non è però stato accolto nel nuovo 118 Cost., né – con tale formulazione – è previsto dall'odierno Schema.

Eppure, esso è certamente desumibile dagli artt. 28 e 97 Cost., rispettivamente dedicati alle responsabilità connesse all'esercizio della funzione amministrativa e ai principi d'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione. Da un lato, conferire a un unico ente compiti tra loro connessi e aventi ad oggetto esigenze e fenomeni che, nella realtà, si presentano unitariamente consente che un unico soggetto possa rispondere in modo unitario, nei confronti dei cittadini, della prestazione di un servizio pubblico, del conseguimento di un obiettivo di interesse generale, etc. D'altro lato, è chiaro che l'attribuzione a un unico ente – in luogo della frammentazione in capo a enti diversi – di funzioni e compiti legati fra loro da rapporti di connessione, di strumentalità o complementarietà, dovrebbe contribuire significativamente a tradurre in pratica il buon andamento dell'azione amministrativa¹⁷.

E il principio in parola è anche desumibile da un concetto di adeguatezza che sia inteso in senso ampio e pregnante: non sarà mai considerabile realmente adeguata a ricevere una certa funzione quell'amministrazione che non disponga del potere e delle capacità di decidere anche delle questioni connesse, onde poter rispondere unitariamente della vicenda amministrativa innanzi ai cittadini.

Inoltre, lo Schema, all'art. 3, co. 1, lett. c), richiede che le funzioni fondamentali degli enti locali siano individuate «con un grado di determinatezza tale da potersi tradurre in concrete ripartizioni di compiti tra i vari livelli di enti locali, secondo il principio di non sovrapposizione».

In questa formulazione, il principio mi risulta nuovo; non solo per la specifica materia che ci occupa, ma nuovo perfino per il diritto amministrativo in quanto tale. E lo leggo dunque senza alcun'altra coordinata interpretativa che quelle offerte dallo stesso Schema.

Ebbene, mi pare di poter affermare che la “non sovrapposizione di compiti” tra i diversi livelli di governo equivalga a dire, semplicemente

¹⁷ Ivi, p. 292.

“in negativo” la necessaria unicità dell’amministrazione: che l’unica vicenda amministrativa debba venir decisa dal medesimo livello di governo, dotato dei necessari poteri e della conseguente responsabilità.

Infine, come dicevo in apertura di quest’ultima sezione del contributo, l’art. 4, §4, Carta europea dell’autonomia statuisce che «Le competenze attribuite agli enti locali devono di regola essere *complete ed integrali*». Come precisato dal Rapporto esplicativo della Carta, la disposizione mira precisamente a evitare la sovrapposizione delle competenze e la conseguente diluizione della responsabilità.

Non credo di temere smentita se affermo che, di tutti i principi in materia di allocazione delle funzioni amministrative, questi siano stati finora i meno attuati. E l’insufficiente applicazione di questi principi è uno dei più gravi problemi tuttora irrisolti in tema di allocazione delle funzioni amministrative nel nostro ordinamento.

4.4. La crisi delle Regioni e il percorso per l’autonomia differenziata

Proprio per questa ragione, gioisco nella speranza (Rm 12, 12) di fronte alla tremenda occasione che si concretizza oggi per il nostro ordinamento con la proposta adozione di una legge delega per la complessiva revisione della legge sugli enti locali.

Non poteva essere altrimenti. Nessuna revisione parziale, occasionale, settoriale potrebbe procurarci ciò che qui invece ritengo necessarissimo: la completa e precisa definizione dei compiti degli enti locali e di ciascuno di essi, secondo i grandi e inscindibili principi che qui ho brevemente ricordato.

Questa difficile impresa non poteva forse arrivare in un momento migliore. Mi riferisco alla recente approvazione da parte del Senato del disegno di legge di iniziativa governativa per l’applicazione dell’art. 116 Cost., sull’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario.

Ebbene, in grande sintesi, è forse noto come si è giunti a questo provvedimento – da un punto di vista della storia recente, quasi della cronaca politica italiana.

Ma le sue origini solo un poco più profonde sono a mio avviso da ricercare nel tentativo di reagire a una sostanziale insoddisfazione per il modo in cui le Regioni hanno operato nel loro primo cinquantennio di vita (tanto ci separa dall’attivazione delle Regioni a statuto ordinario).

Già nel 1980, Giorgio Pastori¹⁸ doveva constatare che al “regiona-

¹⁸ PASTORI (1980), pp. 261 ss.; da questa ultima sede di pubblicazione provengono

lismo senza Regioni” caratterizzato dall’alta tensione ideale e da grandi fermenti intellettuali di riforma dell’amministrazione («legiferare per principi, governare per programmi, amministrare per obiettivi o per risultati») erano succedute delle “Regioni senza regionalismo”.

All’introduzione degli enti non si era (e non si è oggi ancora) accompagnata quella trasformazione degli organismi centrali e della legislazione (pur richiesta dalla Cost., disp. att. IX) che favorisse la democrazia partecipativa, l’autonomia locale (potenziata proprio da un ulteriore decentramento e dal contestuale coordinamento delle Regioni) e il maturare di una nuova amministrazione di risultato. Piuttosto, le Regioni si erano ritrovate perlopiù arroccate in difesa di competenze di gestione amministrativa, rivendicandole nei confronti degli organismi centrali (ma replicando in parte logiche e metodi di lavoro ministeriali) e in parte ponendosi in concorrenza, negli aspetti più legati alla “località” della decisione, proprio con gli enti locali.

Appariva in sostanza tradita quella visione, più vicina credo anche al disegno costituzionale, in cui alle Regioni sarebbe toccato il compito di governare – promuovendolo con le sue superiori capacità programmatiche – il sistema integrato delle autonomie locali¹⁹.

Ora, insisto, a quella insufficiente attuazione – che, come si è evinto, ritengo abbia tradito tanto le Regioni quanto le autonomie locali – credo che si possa cominciare a porre rimedio proprio con il futuro nuovo testo unico.

4.5. La revisione complessiva dell’assetto delle autonomie locali equilibra e completa il tentativo di rilancio delle Regioni

Se infatti ci si concentrasse unicamente appunto sulle Regioni, in una fallimentare ottica di rivendicazione, non si otterrebbero altro che spostamenti di competenze per materia, di dubbia rilevanza pratica.

La chiave di volta potrà essere invece proprio la precisazione – e con essa il rafforzamento – delle funzioni degli enti locali.

Il principio di unicità dell’amministrazione (di non sovrapposizione, di completezza delle competenze) richiederà che la decisione di interesse sociale e amministrativa sia concentrata in capo a singoli enti locali, regionali o statali, che possano “risponderne” in ogni senso.

le citazioni. Il tono quasi amaro della prima parte del contributo è mutato in “nuova speranza” nella seconda parte, dedicata a raccogliere quanto di buono era comunque emerso dall’esperienza regionale. Il che consentiva al mio amato Maestro di concludere che «se le Regioni non ci fossero bisognerebbe crearle» (ivi, p. 266).

¹⁹ Per questa diagnosi, oltre a PASTORI (1980), p. 264, v. PIZZOLATO (2021), p. 176.

E, perciò, a Comuni e Province saranno ora sottratti ora aggiunti poteri decisionali – e si dovrà provvedere a che le risorse umane e finanziarie siano adeguate ai compiti assunti.

Una più agguerrita, concreta e responsabile platea di enti locali saprà forse riattivare quel circuito virtuoso in cui le esigenze raccolte da un primo livello di amministrazioni efficienti saranno in parte “esaudite” direttamente a quel livello e in parte invece ordinatamente avviate da questi livelli all’ente-progetto regione, il quale a sua volta saprà convogliare per la sua risoluzione le capacità di sintesi e programmazione dell’ente regionale, le capacità di intervento di prossimità degli enti locali; e al tempo stesso saprà rappresentare con maggior cognizione di causa le eventuali esigenze di coordinamento e intervento statale nell’interlocuzione con gli organismi centrali.

Bibliografia finale

- ANTONELLI V. 2012, *Le autonomie locali: una questione europea*, in *Amministrazione in cammino*, 2012.
- BALBONI E. 2020, *Autonomie, federalismo, regionalismo*, in CARLI M., *Diritto regionale, Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, II ed.
- BENVENUTI F. 1994, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia 1994
- BENVENUTI F. 1961, *L'amministrazione indiretta*, in *Amm. Civ.*, pp. 169 ss.
- BENVENUTI F. 1965, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia
- BERTI G. 1968, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova
- CARTABIA C. 2009, *La Costituzione italiana e l'universalità dei diritti umani*, in *astridonline*
- FERRI G.B. 1985, *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini
- MOUNIER E. 1975, *Manifeste au service du Personnalisme* (1936), trad. it. *Manifesto al servizio del personalismo comunitario*, Bari
- MORTATI C. 1959, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino
- PASTORI G. 1962, *Gli enti comunitari. Profili generali*, in *Archivio Isap 1962, Tendenze e sviluppi recenti dell'amministrazione pubblica in Italia*, vol. I, Milano, pp. 547 ss., oggi negli *Scritti scelti*, 2010, vol. I, pp. 1 ss.
- PASTORI G. 1980, *Le Regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, n. 268, pp. 204 ss., oggi in *Scritti scelti*, 2010, vol. I, pp. 261 ss.
- PIZZOLATO F. 2021, *Democrazia locale forme e prospettive*, in *Jus*, pp. 175 ss.
- RENNA M. 2012, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, pp. 283 ss.

Origen y sentido de la autonomía local en Europa

RICARDO RIVERO ORTEGA

SUMARIO: 1. El origen europeo de las primeras leyes municipales. Sentido del autogobierno local en el Derecho romano y otras raíces europeas. 2. Los primeros municipios españoles: el Fuero de Brañosera y las ventajas económicas. 3. Evolución de la autonomía local en Europa: su conveniencia para el reforzamiento del aparato estatal. 4. Las competencias locales de promoción del desarrollo económico, vivienda o inmigración. 5. Necesidad de actualización de la Carta Europea de Autonomía local y la incorporación de los gobiernos locales a los futuros tratados europeos. Bibliografía.

1. *El origen europeo de las primeras leyes municipales. Sentido del autogobierno local en el Derecho romano y otras raíces europeas*

Así como todos los académicos somos tributarios de Aristóteles, los juristas estudiosos de las instituciones tenemos una impagable deuda con Roma, cuyo Derecho nos muestra las raíces fundamentales de la civilización occidental, sin lugar a dudas¹. Entre sus aportaciones, muchas de las técnicas propias del Derecho administrativo fueron construidas por los juristas romanos, tal y como explicó Villar Palasí a principios de nuestro siglo².

Aunque Savigny cuestionaba su existencia, seguido después por Mommsen (que rectificó), otros autores apuntan que el municipio romano fue objeto de importantes leyes municipales de Julio César y Octavio Augusto, nada menos. Ambos emperadores, seguramente con el ánimo de ver prosperar el Imperio, propiciaron el desarrollo de instituciones de gobierno local, reconociendo la ciudadanía a sus élites más allá de la Península itálica³.

En Hispania, se ha sostenido la vigencia de la Ley Flavia, cuya existencia como modelo común explicaron Álvaro D'Ors y Julio González: "En resumen, creemos que existía una *lex data* de Vespasiano que regu-

¹ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, Cívitas, 2017.

² J. L. VILLAR PALASÍ, *Técnicas remotas del Derecho administrativo*, Inap, Madrid, 2001.

³ E.G. HARDY, *The Table of Heraclea and the Lex iulia Municipalis*, *The Journal of Roman Studies*, 1914.

labla la concesión del *status municipalis* a las comunidades hispanas. Esta ley fijaría los aspectos normativos que Roma consideraba de absoluta obligatoriedad para los nuevos municipios, dejando a la autonomía local la concreción de aspectos como el número de decuriones, la competencia *ratione materiae* de la jurisdicción municipal, etc. Probablemente estos límites serían fijados por la propia curia local...⁴.

Tal atribución de poderes de decisión a los representantes de los habitantes de los núcleos de población convertidos en municipios posibilitaba el cuidado de sus propios intereses. Roma captaba la adhesión de las personas y los territorios, los sumaba a sus capacidades y potenciaba el desarrollo al incluirlos en un régimen de autogobierno que funcionó con éxito si atendemos a los restos de las obras públicas y los registros históricos sobre la calidad de vida en las ciudades de la Bética y otras regiones de intensa influencia romana.

Las relaciones entre Estado y ciudad en el Derecho romano se analizan en la obra clásica de Hans Rudolph, quien sostenía que la novedad de este régimen fue la integración de las instituciones de autogobierno local en las estructuras del aparato central, a diferencia del modelo más primitivo de anteriores civilizaciones. Las administraciones municipales actuaron por tanto integradas en el sistema administrativo de la República y del Imperio, también en las colonias⁵.

Hace dos mil años, pues, la autonomía local propició el progreso administrativo en España e Italia. Este mismo influjo del autogobierno municipal se puede observar en otras raíces y tradiciones distintas. Así sucede con la *Selbstverwaltung* germana, cuya evolución posterior la sujetaría a la tutela del Estado a partir de las reformas de Von Stein, que Martín Mateo compara con las de Turgot⁶. Después veremos que los fisiócratas y Napoleón coincidieron en su análisis de la importancia del estatuto municipal, aunque con propuestas distintas en cuanto al reconocimiento de la autonomía.

En fin, también entre los referentes europeos de la autonomía local procede recordar el *selfgovernment* británico, descrito en un texto de 1880⁷. La doctrina española tomó interés hace más de un siglo por

⁴ Á. D'ORS, *La Ley Flavia municipal*, *Anuario de historia del Derecho español*, 54, 1984, Julián, "La *Lex Flavia municipalis* y los *municipio hispanie*",

⁵ H. RUDOLPH, *Stadt und Staat im römischen Rechts*, 1935.

⁶ R. MARTÍN MATEO, *El municipio y el Estado en el Derecho alemán*, Madrid, 1965.

⁷ J. NCKELLAR BUGBEE, *The Origin and Development of Local Self-Government in England and The United States*, 2022.

este modelo, que hubiera podido inspirar reformas en nuestro país de no haberse visto interrumpido el hilo conductor democratizador durante buena parte del siglo XX⁸.

2. *Los primeros municipios españoles. El Fuero de Brañosera y las ventajas económicas*

Asentar población fue el propósito impulsor del reconocimiento de las primeras cartas pueblas, los fueros concedidos por los nobles a montañeses que arriesgaban su vida en el territorio de frontera expuesto a las razias de los musulmanes. Los historiadores del Derecho han descrito el proceso de reconocimiento progresivo de esas capacidades de autogobierno desde el siglo IX hasta el XIV⁹.

Favorecer el crecimiento de tales poblaciones requería reconocer a sus pobladores privilegios fiscales y derechos de caza, así como oportunidades de autogobierno¹⁰. La gente se siente mejor allí donde es libre y decide sobre su propio futuro y el de sus hijos. Si además se le ofrecen las condiciones de prosperar, la sociedad da sus mejores frutos, así que no es extraño que la táctica institucional de conceder ventajas económicas y privilegios fiscales sea un lugar común de tantos procesos repobladores, una técnica adecuada para territorios en principio menos atractivos para vivir¹¹.

Conviene no idealizar las raíces del municipalismo español, pues seguro que las élites no dejaron de influir en las decisiones, ni siquiera en los regímenes de Concejo abierto, pero al menos se trataba de los grupos de poder más identificados con los intereses cercanos, lo próximo, concedores de las circunstancias y necesidades reales. La autonomía local se ha utilizado históricamente desde el poder central tantas veces con fines propios y distintos de los puramente democratizadores a lo largo de la

⁸ E. MARTI JARA, *El gobierno de la ciudad inglesa*, Madrid, 1918. J. REDLICH, / F. HIRST, *Local government in England*, 1903.

⁹ J. L. BERMEJO CABRERO, *Estudios sobre fueros locales y organización municipal en España*, Universidad complutense, 2001.

¹⁰ J. M. RUIZ ASENCIO (et alt.), *Fuero de Brañosera. Estudio y edición crítica*, Instituto Castellano y Leonés de la Lengua, 2001.

¹¹ Los beneficios fiscales se aplican para favorecer a los habitantes de las islas, regiones remotas, menos accesibles o fronterizas. Así también, las estrategias exitosas frente a la despoblación requieren necesariamente una fiscalidad especial, como he explicado en R. RIVERO ORTEGA, *El estatuto del pequeño municipio*, en T. FONT I LLOVET (Dir.), *Repensar el Govern local*, 2023.

historia, como alternativa a otras formas de descentralización o con fines de eficacia y eficiencia en la ejecución de las políticas estatales¹².

El autogobierno no es pues una experiencia democrática perfecta, sino una ventaja o incentivo concedido para estimular el desarrollo de un núcleo de población, así como también son acicates los beneficios fiscales, concebidos desde los orígenes de la autonomía municipal como elementos estatutarios claves. De hecho, como ya hemos señalado, esa posibilidad de disponer sobre los propios tributos, junto a la huida del vasallaje, explican el éxito de localidades situadas en lugares peligrosos, expuestos a constantes ataques y amenazas de poderes más armados y centralizados. En cierto modo, pues, el reconocimiento de autogobierno es una exitosa estrategia de consolidación de un aparato político superior, consciente de las ventajas de la atribución de capacidades de decisión propias a quienes están en el lugar donde deben proyectarse las políticas.

Este recordatorio histórico es relevante a la hora de diseñar estrategias legitimadoras de un sistema de estructuras de ejercicio del poder público. Los modelos más exitosos han ponderado la autonomía local como una opción práctica necesaria y adecuada.

3. *Evolución de la autonomía local en Europa: su conveniencia para el reforzamiento del aparato estatal*

Además de la raíz romana y la tradición germana, en Europa desplegó una influencia sobresaliente sobre el régimen local la reforma administrativa napoleónica, estudiada por Luciano Vandelli, cuya memorable obra defiende la continuidad de propósitos y técnicas entre las propuestas de Turgot, las leyes de la Asamblea y la reforma de Napoleón, aunque señala también la tendencia acusadamente centralizadora de este último, pero "...puede certeramente concluirse, en efecto, que la mayor parte de los elementos elaborados en los años de la revolución presenta un notable grado de estabilidad durante el período napoleónico"¹³.

¹² Una exposición de la Administración local durante el franquismo en España, en un sistema representativo a través de la tríada "familia, municipio y sindicato" nos ofrece L. JORDANA DE POZAS, *La Administración local en las leyes fundamentales españolas*, *Revista de Estudios Políticos*, 152, 1967. También destacaba la influencia francesa en nuestro régimen, como estudioso del Derecho local comparado, condición que muestra en "Las tendencias actuales del régimen local en Europa", *Revista de Estudios políticos*, 39-42, 1948.

¹³ L. VANDELLI, *El poder local: su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, iNAP, 1992, pág.62.

Antes de Napoleón es memorable la propuesta de Turgot, señalada por García de Enterría, quien apunta al fisiocratismo como constructor original del concepto “poder municipal”, asociado a un cambio en la idea de sociedad que sustituiría los compartimentos estancos por el flujo de riqueza. Así se expresa en la *Mémoire sur les municipalités* de 1775¹⁴. Tras los decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789, favorables a la descentralización, Napoleón daría un giro autocrático y terminaría con el poder de las autoridades electas en esa primera versión revolucionaria de la Democracia municipal.

Vandelli expuso en su libro traducido al español las reformas regionalizadoras francesas, la creación de las regiones en Italia, las reformas municipales y provinciales de 1990, la creación de las comunidades autónomas en España, la Ley de bases de régimen local española, el diseño portugués en la Constitución de 1976 y la reforma de 1983, el sistema belga, el holandés y el luxemburgués, toda una panorámica de la Europa de las regiones. Su descripción de los elementos comunes y los problemas derivados de la uniformidad y la articulación de distintos niveles de gobierno son premonitorios, no habiéndose resuelto aún muchas de las cuestiones que planteaba, especialmente los “nuevos equilibrios y nuevas simetrías” derivados de la relación bifronte de las entidades locales con los nuevos poderes autonómicos o regionales. Todo ello desde un modelo napoleónico de referencia uniforme estatal, así que la pregunta más de dos décadas después sería: ¿cuál es el lugar de la autonomía local en una Europa con cuatro o cinco niveles de gobierno por país?

En Alemania, la reforma de Von Stein también impulsó un proceso de racionalización desde presupuestos y objetivos en parte coincidentes, a pesar de las radicales diferencias ideológicas y los propósitos políticos de los fisiócratas, los revolucionarios franceses y el absolutista ilustrado prusiano. Al fin, el punto de unión era el afán de reforzar las estructuras estatales, como antes dije, pues los reformistas no pretendían la democratización *per se*, sino propiciar una gestión más comprometida y adecuada para las oportunidades reales de contribución a la prosperidad común, galvanizando los núcleos de población al concederles capacidades de progreso por sus propios medios, una mayoría de edad institucional sin la que sus capacidades se verían limitadas.

En España, Azcárate y Posada dedicaron sendas obras a exponer

¹⁴ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*, Revista de Administración pública, 33, 1960.

toda la evolución de nuestro régimen local, en sus distintas etapas¹⁵. El hito de la Constitución de Cádiz se repite una y otra vez como signo de modernidad política, al reconocer los constituyentes liberales la necesidad de los ayuntamientos, con sus propios gobiernos municipales, y hacerlo precisamente en un momento de debilidad extrema del Estado, ocupado por las tropas de Napoleón, contra quien lucharon, aunque copiaban en gran medida su modelo¹⁶.

Otro hito tiene lugar hace justo cien años, cuando se aprobó el Estatuto municipal de Calvo Sotelo, una norma elaborada por catedráticos de Derecho administrativo y expertos funcionarios locales, cuyos contenidos fueron avanzados para aquel tiempo autoritario: régimen de Carta, voto de las mujeres cabeza de familia, municipalización de servicios, ingresos suficientes en las haciendas locales, control de la legalidad de los acuerdos mediante la creación de los cuerpos nacionales de habilitados, prevención de los conflictos de intereses y lucha contra la corrupción¹⁷.

Esta norma partía de un claro convencimiento de las aportaciones del gobierno local al progreso. Por ello ponía gran atención al riesgo de conflictos de intereses y las medidas para prevenir la corrupción, así como la tentación de endeudamiento con fines clientelares vinculados a los ciclos electorales. La falta de control económico financiero de las entidades locales puede generar serios problemas a las haciendas nacionales, así que se reforzó la profesionalización de los funcionarios y el control de legalidad. El Estatuto de 1924 nos muestra la versión más realista y práctica de la autonomía local, pensada para impulsar el progreso y bienestar de las personas, potenciar las capacidades de los núcleos de población y evitar las expresiones más dañinas del mal gobierno, buscando la legitimidad de la Administración local¹⁸.

Comprobamos que incluso los regímenes autoritarios han reconocido en la autonomía municipal una capacidad de fortalecimiento y progreso, siendo conscientes de las oportunidades que ofrece esta institución para

¹⁵ G. DE AZCÁRATE, *Municipalismo y regionalismo*, IEAL, 1979. A. POSADA, *Evolución legislativa del régimen local en España*, 1910.

¹⁶ E. ORDUÑA REBOLLO, *El municipio constitucional en la España de 1812*, *Revista de Derecho*, 2012.

¹⁷ AA.VV., *Cincuentenario del Estatuto municipal*, IEAL, Madrid, 1975.

¹⁸ He profundizado en estos asuntos recientemente, en R. RIVERO ORTEGA, *llegaba en un coche tirado por dos magníficos caballos blancos. El Estatuto Calvo Sotelo y los cuerpos nacionales de Administración local*, en *Secretarios, interventores y tesoreros de Administración local*, 2024.

realizar los intereses de los territorios, canalizar la voluntad de las personas en sus necesidades más inmediatas y organizar las élites locales en un modo que se sientan incluidas en el proyecto estatal común. Allí donde se realiza la autonomía local, se multiplican las posibilidades de desarrollo social y económico.

4. *Las competencias locales de promoción del desarrollo económico, vivienda o inmigración*

Esto lo comprendieron bien los fabianos, fundadores del socialismo municipal en Inglaterra, pero también los defensores de la autonomía local en Alemania, Francia, España o Italia, cuyas obras se dedicaron a reivindicar el papel prestacional de las entidades locales, los servicios públicos municipales y la satisfacción de las necesidades más acuciantes en núcleos de población crecientes. Las leyes municipales desde hace más de un siglo reconocen para lograr estos objetivos la actividad económica local y su elección motivada de formas de gestión, sin limitar las posibilidades municipalizadoras o remunicipalizadoras.

Hoy, a mi modo de ver, esa competencia de impulso del desarrollo debería incluir márgenes para modular o excepcionar normas que pudieran perjudicar sus intereses o afectar a sus políticas. Tal y como explicó Martín Mateo: “Lo que caracteriza el nacimiento del núcleo urbano es, en principio, la aparición de un derecho especial que difiere de las normas jurídicas que regula la normal convivencia cotidiana de las agrupaciones primitivas”¹⁹. Pero en los ordenamientos contemporáneos esas capacidades de contemplar excepciones normativas están en general vedadas a los entes locales.

El mercado y la atracción de emprendedores ha sido uno de los motores principales, junto a la libertad y los beneficios fiscales, del desarrollo económico y social de las ciudades. Por ello, los municipios no pueden generar riqueza si no disponen de capacidad para aplicar sus propias estrategias, con márgenes de excepción normativa. La superposición de normas europeas, estatales y autonómicas sobre sus marcos regulatorios se lo impiden, dificultando así el cumplimiento de su obligación de satisfacer otras necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

Otras políticas públicas que requieren necesariamente el reconoci-

¹⁹ MARTÍN MATEO, *El municipio y el Estado...*cit, pág.21.

miento de competencias a los entes locales son las que afectan a la vivienda, uno de los problemas más acuciantes de las nuevas generaciones de europeos, cuyo acceso a este derecho básico se ha encarecido y dificultado sobremedida por la falta de oferta y la elevación de los precios. Las leyes aprobadas en los niveles estatal y autonómico apenas reconocen protagonismo a los gobiernos locales en la solución de este problema, ni estimulan en modo alguno las decisiones de construcción de vivienda pública u oficial, ni permiten conceder ventajas fiscales o normativas para impulsarlas, ni agilizan tampoco las decisiones de planeamiento urbanístico.

¿Cuál es la posición de los gobiernos locales ante este problema?, ¿por qué los ayuntamientos españoles no están participando más activamente en la resolución del problema inmobiliario que se planea en nuestro país? ¿Es el gobierno central o son los gobiernos autonómicos las instancias apropiadas para dar respuesta a este desafío? Lo cierto es que el afán protagonístico de otros niveles de gobierno opaca al nivel auténticamente capacitado para tomar medidas efectivas, por su conocimiento directo de las necesidades y oportunidades para resolver el problema.

Esto mismo sucede con tantas demandas sociales acuciantes. Así, otra competencia de la que están excluidos los entes locales es la relativa a la gestión de la inmigración, la integración de los inmigrantes y la multiculturalidad, que afecta de manera muy intensa a la convivencia. Aunque los ayuntamientos observan en tiempo real y a pie de calle los efectos de la localización de comunidades foráneas en los barrios de sus ciudades, atisban sus necesidades e intuyen los problemas que pueden surgir, apenas tienen capacidad ni competencia reconocida para afrontarlos.

En fin, la situación actual del régimen local en España y otros países europeos deja muy poco margen para que se desarrollen verdaderas iniciativas de *ciudades creativas*, en la definición de Richard Florida²⁰, o lo que Font llama ciudades inteligentes como actores globales²¹. Así no podrán triunfar las ciudades europeas, en la explicación de Edward Glaeser²², que ha pasado de analizar ese éxito a explicar su mera supervivencia, diez años después²³.

²⁰ R. FLORIDA, *Ciudades creativas*, 2009.

²¹ T. FONT I LLOVET, *La ciudad inteligente como actor global, European review of digital administration and Law*, 2021.

²² E. GLAESER, *El triunfo de las ciudades: Cómo nuestra gran creación nos hace más ricos, más listos, más sostenibles y más felices*, 2011.

²³ E. GLAESER, *Survival of the City: Living and Thriving in an Age of Isolation*, 2021.

5. *Necesidad de actualización de la Carta Europea de la Autonomía local y la incorporación de los gobiernos locales a los futuros tratados europeos*

La autonomía local está vinculada a la libertad en Europa, así como al reforzamiento de las estructuras superiores y la legitimidad de un sistema multinivel basado en el principio de subsidiariedad por razones prácticas²⁴. Toda esta tradición es reconocida por la Carta Europea de la Autonomía Local, pero cuarenta años después de su aprobación comienza a mostrar debilidades en cuanto a su capacidad de resistir reformas del régimen municipal que menoscaban competencias o reducen márgenes de decisión²⁵.

Parte de la explicación de tal estado de cosas quizás se deba a que a día de hoy los tratados europeos apenas hacen mención a los gobiernos locales, ni conceden a la tradición de autonomía apenas importancia. Al contrario, el énfasis en el principio de neutralidad institucional deja por completo a merced de los estados miembros las decisiones de asignación de competencias, de concesión de mayor o menor protagonismo. Y los reglamentos y directivas europeas agudizan esta situación al no condicionar el cumplimiento del principio de subsidiariedad en modo alguno.

Al contrario, las reformas locales exigidas por Europa se han centrado en la regla de gasto y la austeridad presupuestaria, lo que los gobiernos locales han demostrado que pueden hacer responsablemente. Pero ninguna política europea señala la importancia de la actuación conforme al principio de subsidiariedad en el nivel local. La ejecución del Plan de Recuperación y Resiliencia, por ejemplo, se ha realizado de abajo hacia arriba, sin la participación que hubiera sido deseable de los entes locales²⁶.

Entonces, si ni la Carta Europea de la Autonomía local ni el Derecho europeo están protegiendo con suficiente intensidad las competencias y los poderes de decisión de los gobiernos locales, no debe extrañarnos que los legisladores autonómicos y regionales no asignen competencias

²⁴ Á. M. MORENO MOLINA, *La Administración local desde la perspectiva europea: autonomía y reformas locales*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 27, 2012.

²⁵ Ya hace treinta años TOMÁS FONT apuntó las perspectivas de la Carta en T. FONT Y LLOVET (Dir.), *La Carta Europea de la Autonomía local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012. También, M. ALMEIDA CERREDA, *El XXX Aniversario de la Carta Europea de la Autonomía local: justificación y explicación del análisis comparado de su aplicación en España y Portugal*.

²⁶ R. RIVERO ORTEGA, *¿Cómo pueden contribuir las entidades locales a la recuperación económica?*

en cuestiones básicas (vivienda, inmigración, desarrollo económico), ni concedan márgenes a las entidades locales para precisar regulaciones que incumben directamente a sus intereses más cercanos, para la atracción de inversión y la satisfacción de las necesidades de sus habitantes (el caso de la construcción y la vivienda es paradigmático).

A partir del año 2024, los entes locales van a vivir un momento difícil tras la reactivación de la regla de gasto. En el momento en que sus ingresos comiencen a verse afectados por el cambio del ciclo económico, el mantenimiento de muchas de sus líneas de inversión y subvenciones a colectivos se verán afectadas, generando descontento al afectar a muchas personas.

Europa debería pensar también en los efectos de sus políticas sobre los pequeños municipios. Los municipios rurales europeos son claves en el mantenimiento de un modo de vida, en la gestión del territorio y la adaptación necesaria al cambio climático. Un estudio sociológico de sus tendencias políticas y económicas nos permitiría conocer su opinión sobre el proceso de integración, si se consideran o no beneficiados por el mismo.

La más reciente reforma local en España no ha cumplido el compromiso de ofrecer un estatuto del pequeño municipio rural, demandado por alcaldes y alcaldesas²⁷. Aunque se reconoce la conveniencia y posibilidad real de aprobarlo²⁸, y se ha incorporado a la ley de Bases de Régimen Local el principio de diferenciación (tratado en la ponencia de Marcos Almeida). Esto que sucede en España no es un caso aislado. Los vecinos de las zonas rurales en muchos lugares de Europa tampoco se sienten atendidos ni concernidos por las decisiones de Bruselas, que consideran sesgadas por un prejuicio tecnocrático y el desconocimiento de sus necesidades reales.

Sus representantes políticos debieran tener más voz en la Europa de las regiones y en las instituciones. A mi juicio, si Europa quiere reforzarse y propiciar el desarrollo económico, ha de actualizar los contenidos de la Carta Europea de la autonomía local, superar el principio de neutralidad organizativa o institucional e incorporar en sus directivas y reglamentos al menos recomendaciones para la atribución de competencias a los gobiernos locales, en aquellos ámbitos más conectados con sus intereses propios.

²⁷ R. RIVERO ORTEGA, *¿Pueden esperar mejoras de su estatuto los pequeños municipios en la España despoblada?*, *Revista de Estudios Locales*, 2023.

²⁸ M. ALMEIDA CERREDA, *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 2023.

El Imperio romano es un excelente ejemplo de las capacidades de las leyes municipales para favorecer redes de núcleos prósperos y unidos en una finalidad institucional común. Esta tradición europea del autogobierno local – en España, Francia o Alemania – es uno de nuestros genes administrativos comunes por excelencia, una impronta en el modo típico de regir el modo de vida europeo que deberíamos preservar y proteger, aprendiendo de la historia dos mil años después de Augusto y Julio César, ochocientos años después del Fuero de Brañosera y cuarenta años de la Carta Europea de Autonomía local.

Bibliografía

- AA.VV., *Cincuentenario del Estatuto municipal*, IEAL, Madrid, 1975.
- ALMEIDA CERREDA M., *El XXX Aniversario de la Carta Europea de la Autonomía local: justificación y explicación del análisis comparado de su aplicación en España y Portugal*, *Dereito*, 25, 2016.
- ALMEIDA CERREDA M., *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 2023.
- DE AZCÁRATE G., *Municipalismo y regionalismo*, IEAL, Madrid, 1979.
- BERMEJO CABRERO J. L., *Estudios sobre fueros locales y organización municipal en España*, Universidad complutense, 2001.
- D'ORS Á., *La Ley Flavia municipal*, *Anuario de historia del Derecho español*, 54, 1984.
- Galán Galán, Alfredo,
- GONZÁLEZ J., *La Lex Flavia municipalis y los municipio hispanie*,
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho público romano*, Cívitas, 2017.
- FONT I LLOVET T., *Gobierno local y Estado autonómico*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2008.
- FONT I LLOVET T. (Dir.), *La Carta Europea de la Autonomía local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2012.
- FONT I LLOVET T., *La ciudad inteligente como actor global*, *European review of digital administration and Law*, 2021.
- FLORIDA R., *Ciudades creativas*, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*, *Revista de Administración pública*, 33.
- HARDY E. G., *The Table of Heraclea and the Lex iulia Municipalis*, *The Journal or Foman Studies*, 1914.
- JORDANA DE POZAS L., *La Administración local en las leyes fundamentales españolas*, *Revista de Estudios Políticos*, 152, 1967.
- JORDANA DE POZAS L., *Las tendencias actuales del régimen local en Europa*, *Revista de Estudios políticos*, 39-42, 1948.
- MARTI JARA E., *El gobierno de la ciudad inglesa*, Madrid, 1918.
- MARTÍN MATEO R., *El municipio y el Estado en el Derecho alemán*, IEAL, 1967.
- MORENO MOLINA Á. M., *La Administración local desde la perspectiva europea: autonomía y reformas locales*, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 27, 2012.
- NCKELLAR BUGBEE J., *The Oirigin and Developent of Local Self-Government in England and The United States*, 2022. (1880)
- OCDE, *Local Economic Leadership*, 2020.
- ORDUÑA REBOLLO E., *El municipio constitucional en la España de 1812*, *Revista de Derecho*, 2012.

- POSADA A., *Evolución legislativa del régimen local en España*, 1910.
- REDLICH J. / HIRST F., *Local government in England*, 1903.
- RIVERO ORTEGA R., *Las transformaciones del papel económico de los municipios y la necesidad de cambios en la intervención económica local*, *Revista de Estudios de la Administración local y autonómica*, 291, 2003.
- RIVERO ORTEGA R., *El estatuto del pequeño municipio*, en Instituto de Estudios de Autogobierno, 2023.
- RIVERO ORTEGA R., *Una reconsideración de los principios del servicio público local*, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2022.
- RIVERO ORTEGA R., *¿Pueden esperar mejoras de su estatuto los pequeños municipios en la España despoblada?*, *Revista de Estudios locales*, 2023.
- RIVERO ORTEGA R., *Llegaba en un coche tirado por dos magníficos caballos blancos. El Estatuto Calvo Sotelo y los cuerpos nacionales de Administración local*, en *Secretarios, interventores y tesoreros de Administración local*, 2024.
- RUDOLPH H., *Stadt und Staat im römischen Rechts*, Leipzig, 1958.
- RUIZ ASENCIO J.M. (et alt.), *Fuero de Brañosera. Estudio y edición crítica*, Instituto Castellano y Leonés de la Lengua, 2001.
- VANDELLI L., *El poder local: su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, Inap, 1992.
- VILLAR PALASÍ J.L., *Técnicas remotas del Derecho administrativo*, Inap, Madrid, 2001.

CONCLUSIONI / CONCLUSIONES

Le prospettive del Diritto Amministrativo

Las perspectivas del Derecho Administrativo

LUIS MARTÍN REBOLLO

Buongiorno.

Per prima cosa voglio esprimere doppie scuse. Mi dispiace di non poter essere presente di persona al Congresso. E mi dispiace anche di non esprimermi in italiano, anche io cercherò di essere il più chiaro possibile e, in ogni caso, l'organizzazione dispone del testo e può fornire la traduzione.

Dicho esto, quiero agradecer a los organizadores por haberme invitado a intervenir, una vez más, en estos encuentros que desde hace sesenta años venimos celebrando los administrativistas italianos y españoles en una tradición que traspasa ya varias generaciones.

1. En esta ocasión se ha hablado de sanidad, de colaboración interadministrativa, de reformas locales...; temas todos de mucho interés sobre los que conviene seguir pensando y tener ideas un poco más sólidas de las que teníamos antes. De modo que sí, los temas del Congreso no pueden ser más sugerentes como las propias ponencias han puesto de manifiesto.

2. Mi papel ahora es mucho menos interesante. Como le dije a Tomás Font cuando me llamó, mi propósito es apuntar alguna pequeña reflexión o sugerencia sobre nosotros, los administrativistas, y sobre el objeto de nuestro estudio, el Derecho Administrativo. Sin ninguna pretensión. Sin dogmatismos. Y en términos necesariamente esquemáticos dado el escaso tiempo disponible.

Y en ese sentido lo primero es hablar un momento de nosotros, los administrativistas, los juristas que nos dedicamos al Derecho Administrativo. Lo que quiero expresar es que hay muchos tipos de juristas y que todos pueden y deben convivir, pero que, acaso, el jurista académico, el jurista universitario, el profesor, tiene alguna peculiaridad. Su trabajo no se centra en el pleito (necesariamente sesgado por razón del interés). Tampoco prioritariamente en la descripción de lo que hay, aunque esa descripción es fundamental en la faceta docente, donde conviene recordar el consejo de Max Weber cuando recomendaba a los profesores no

utilizar el aula para exponer a los alumnos sus convicciones personales, cuando estos, por su posición subordinada, no pueden contradecirles. Para eso están otras tribunas públicas. La clase debe describir la realidad, pero para colocar al estudiante en la posición de pensar por sí mismo. En estos tiempos de tanta polarización y falta de mesura y ponderación conviene reiterar estas elementales reglas de conducta de lo que debe ser un profesor: un personaje que está ahí para hacer ganar tiempo a los alumnos. O sea, una persona que aclara, ejemplifica, soluciona dudas o amplía lo que, sin duda, viene mejor expresado en los libros, que son los que hay que fomentar que lean. Primero leer un Manual, luego aclararlo en clase. Después, aprender poco a poco a aplicar lo sabido.

Pero el jurista académico tiene un trabajo adicional que es el que le diferencia de alguien que explica lo que hay. Tiene que generar ideas, desvelar y criticar contradicciones, apuntar tendencias....Tiene que recordar la historia, el porqué de las cosas, la afirmación de los conceptos. Ha de tener en cuenta la realidad, desvelar también la doble moral (del que dice y el que hace decir a la norma lo contrario de lo que dice), considerar la sociología y la idiosincrasia cultural sin la cual las normas están llamadas a quedarse en la soledad de las bibliotecas, pero no en la realidad de la vida...

Y ese jurista no puede prescindir de dos precomprensiones a las que me quiero referir en forma telegráfica. Primero, que el Derecho no es prioritariamente una filosofía (aunque presuponga valores y principios como el de la justicia). El Derecho es una idea práctica, como nos dejó dicho el Maestro Enterría (de cuya muerte se acaban de cumplir ahora ya diez años). Pero esa idea práctica es un resultado que empieza, sí, con una idea abstracta, con una finalidad, esto es, con una idea de tendencia. Hoy, en el caso de España, esa idea referencial está en la Constitución, cuyos artículos 103 y 106 hablan, entre otras cosas, de que la Administración debe actuar con “eficacia” pero también con sometimiento “pleno” a la Ley y al Derecho. He ahí, pues, los referentes que deben servir para interpretar, pero también para postular reformas o modificaciones.

3. Esas reformas o modificaciones pueden venir y vienen de las nuevas realidades, ante las cuales creo que hay que ser muy prudente para no caer en las modas o en la no infrecuente tendencia de poner lo adjetivo como sustantivo, lo que es auxiliar o complementario como algo principal. Por ejemplo, la Inteligencia Artificial, sobre la que todo el mundo

habla últimamente. El propio nombre de esa herramienta es ya una sugerencia para reflexionar, porque no es seguro que ese instrumento sea en verdad “inteligente” y menos seguro aún que sea “artificial”. Algún humano hay detrás del algoritmo y eso es lo que hay que considerar, para después preguntarse si es un elemento que coadyuva a la eficacia o que facilita el control al que se refiere la Constitución. Pues probablemente es ambas cosas: un instrumento para ambas finalidades, como lo fueron antes otras herramientas importantes, aunque quizá con menos atractivo y potencialidad.

La incidencia de las nuevas tecnologías en todas las relaciones humanas es una tendencia imparable que invadirá más temprano que tarde todos los sectores y también los del ámbito jurídico. Y esa realidad nueva impone, sí, el análisis y la explicación de los aspectos técnicos de los nuevos sistemas, pero también nos enfrenta con nuevos problemas éticos y con otros derechos entre ellos, por ejemplo, los de la transparencia (cómo se generan los algoritmos, qué datos manejan, qué discriminan positiva o negativamente...). Se trata, pues, de un reto mayor que no hace sino empezar, pero que estará cada día más presente a medida que la tecnología se expanda y se consolide en las relaciones jurídico-administrativas.

Porque la tecnología es una fantástica posibilidad para hacer más eficaz el funcionamiento de la Administración. E incluso, como digo, para controlarla mejor. Pero, al mismo tiempo, plantea problemas nuevos y otros no tan nuevos, aunque se presenten bajo un ropaje diferente...

4. Los cambios y modificaciones vienen, como digo, de las nuevas realidades. No solo de la tecnología. Los cambios que se producen en el Derecho son, sobre todo, manifestaciones de los cambios sociales y políticos que han tenido lugar en los últimos años. Mas allá de los cambios políticos ha habido también una transformación importante de la sociedad. Han surgido nuevos retos y preocupaciones, algunas de las cuales se plasman en las normas. En el caso de España, no hay más que echar un vistazo a las leyes de procedimiento para observar la preocupación por las nuevas tecnologías y el uso de la electrónica; ver la realidad de la legislación ambiental (y hasta una ley explícitamente denominada del cambio climático) para darse cuenta de lo que esa nueva sensibilidad significa; observar la complejidad de la legislación de contratos públicos en la lucha –no siempre exitosa– contra la corrupción; analizar los cambios procesales para activar y fortalecer el control judicial de toda la actividad pública...

Algunos de estos cambios se han ido produciendo de manera lenta y a veces insensible en virtud de reformas parciales fruto de la voluntad política de cada momento y también como consecuencia de fallos e interpretaciones jurisprudenciales de los tribunales nacionales o europeos. Pero otras veces los cambios se han precipitado de manera brusca como consecuencia de acontecimientos no previstos. La crisis económica de 2008 y, sobre todo, la sanitaria de la Covid-19, de 2020, han sido hitos fundamentales que han tenido consecuencias, la más destacada de las cuales es, quizá, la de haber instalado en la normalidad lo que de hecho debería ser una excepción, esto es, el abuso del Decreto-ley como instrumento normativo propio de situaciones excepcionales o de crisis. Esa banalización del Decreto-ley –como la he denominado en un trabajo reciente– tiene perniciosos efectos. Por no citar más que dos cabe decir que esa norma de excepción refuerza el protagonismo del Ejecutivo y reduce el del Parlamento como instancia legislativa, de manera tal que, ante la disminución del trabajo legislativo, en el Parlamento se acentúa hasta extremos hace poco impensables su faceta de altavoz de las discrepancias, de la bronca, el enfrentamiento y las palabras gruesas.

Pero hay una segunda derivada del abuso de la norma de excepción: como al convalidarse el Decreto-ley no se pueden discutir o proponer enmiendas o alternativas y como muchos Decretos-leyes contienen una enorme mezcla de reformas de variado calado –algunas razonables; otras no tanto– no es infrecuente la coacción que se ejerce sobre quien se opone argumentando que esa oposición significa oponerse a todas las medidas benéficas de la norma excepcional. Un argumento tramposo que pretende presentar a quien discrepa por la forma en un malvado adversario de todas esas medidas razonables que se presentan amalgamadas junto a otras muchas discutibles obligándole a una aceptación acrítica de todo.

La crisis del parlamentarismo que todo eso evidencia ha sido destacada recientemente entre nosotros (por el Prof. Esteve Pardo, por ejemplo) y es una manifestación más de lo que este mismo autor ha criticado como la instauración habitual del Derecho de excepción. Un Derecho veloz, coyuntural, aislado, casuístico, que dificulta una doctrina jurisprudencial sólida, puesto que los tribunales tienen que enfrentarse cada día a cuestiones nuevas, sin referentes previos y sin el necesario contraste y sosiego.

Por eso es necesario potenciar la ley y hacer más ágil el procedimiento legislativo, lo que conlleva devolver al Parlamento su papel central en el sistema, con implicaciones y reformas que aquí no es posible ahora ni siquiera apuntar.

5. Uno de los elementos que han contribuido a acelerar algunos de estos cambios ha sido, sin duda, la crisis derivada de la reciente pandemia que ha afectado también al modelo social y cultural, donde el Derecho tiene un papel que jugar para generar cierta seguridad. Además de la generalización del Derecho de excepción, la crisis ha abierto el debate (al que ya me he referido) acerca del uso de las nuevas tecnologías, que están adquiriendo un desconocido protagonismo con el riesgo de generar otra brecha social en ese campo donde se juegan valores y oportunidades que deben formar parte de la vida de todos (también del mundo rural) y donde hay que redescubrir el juego de equilibrios que supone compaginar derechos e intereses diversos. Se ha manifestado también la necesidad de reforzar los instrumentos de coordinación tanto a nivel supranacional como en el plano interno en los Estados descentralizados y con estructuras multinivel donde esas instancias e instrumentos de coordinación resultan, como digo, fundamentales.

Se han abierto debates dicotómicos (en gran medida falsos porque las alternativas no se presentan nunca en términos abstractos y generales). Por ejemplo la validez de los instrumentos que buscan la eficacia a cualquier precio y las herramientas tradicionales de control, por donde se cuele a veces el fantasma de la corrupción. Se oponen en ocasiones los valores de la seguridad y la libertad como si ambos principios fueran necesariamente alternativos. Aparecen con otro ropaje temas viejos sobre los que de nuevo hay que reflexionar con otros ojos porque no hay, desde luego, libertad sin seguridad; porque no se puede aceptar la eficacia a cualquier precio y porque nadie razonable asume un riesgo sin una mínima garantía...

Estas y otras cuestiones nos interpelan como juristas y como ciudadanos y, en el fondo, ese debate de valores y principios es como una especie de "ritornello" que reitera el eterno debate sobre la justicia y sus límites, sobre los derechos y sus condicionantes. Y aunque las cosas no se planteen en términos de radical incompatibilidad, es verdad que conviene repensar algunas de las actuales respuestas del Derecho y preguntarse si son suficientes o precisan cambiarse.

6. Y es que hay que recordar una vez más que el Derecho Administrativo se ha movido y se mueve en un siempre inestable equilibrio entre el Poder y la libertad, entre el Estado y el individuo. Hijo como es del constitucionalismo de corte liberal ha tenido como lema y como lecho

de fondo la libertad, pero también al Estado como garante último de esa libertad. Un Estado que, para garantizar la libertad de todos, a veces necesita regularla, limitarla y, en el extremo excepcional, incluso restringirla. Los límites de esas potestades exorbitantes forman parte natural de la esencia del Derecho Público y esos límites pasan, desde luego, por el tamiz del juez, que se convierte así en el centro de referencia fundamental. Pero ese componente esencial de garantía que significa el juez no nos puede hacer olvidar esa otra faceta del Estado garante, es decir, el papel de la Administración, cuya acción –condicionada por la Ley– es en ocasiones la mejor garantía no sólo de la seguridad sino también de la libertad y el bienestar de todos.

La crisis sanitaria ha removido ese inestable equilibrio y nos ha devuelto una imagen a veces deformada reflejada en un espejo. La imagen de las instituciones y su funcionamiento, las herramientas y medios disponibles y la forma de utilizarlos. Nos ha mostrado lo que funciona bien, pero también lo que necesita cambios y mejoras. Nos ha recordado una vez más la importancia de disponer de un buen sistema institucional y de un Ordenamiento jurídico moderno, flexible y engrasado. Porque el Derecho no resuelve por sí mismo los problemas sociales, pero es un elemento esencial en la configuración de la vida colectiva. Y ese elemento a veces chirría y necesita cambios....

7. En efecto, todas estas circunstancias y algunas otras han transformado el Derecho Administrativo. La influencia reiterada y constante del Derecho europeo, las crisis sociales, económicas y sanitarias –ahora también las derivadas de la guerra de Ucrania– y las nuevas tecnologías han sido o son factores relevantes de esas transformaciones. El Derecho ha cambiado en sus contenidos, en sus normas, en la interpretación jurisprudencial también. Pero creo que ha cambiado también en otro sentido más profundo. Debido a su volatilidad se han producido otros cambios tan importantes o más que los de sus contenidos concretos: el Derecho se ha hecho menos rígido, menos dogmático y conceptual que en el pasado. Y esa transformación estructural tiene efectos de todo tipo, empezando, como digo, por la dificultad de su aprehensión, de su sistematización, de saber incluso lo que está vigente en cada caso, lo que, desde luego, no es problema menor.

8. Así, pues, las tendencias de cambios que se advierten tienen que ver, naturalmente, como he dicho, con las transformaciones de una sociedad compleja e interrelacionada como la actual. Las crisis que hemos vivido o estamos viviendo conforman escenarios nuevos en los que, a mi juicio, destacan la internacionalización de los problemas, el debilitamiento del Estado, el auge de la oferta privada y el correlato de la cada vez mayor interrelación entre lo público y lo privado o, como ya he adelantado, los avances tecnológicos cuya real potencialidad aun desconocemos. Antes esos nuevos escenarios es fácil centrarse en estudiar las nuevas regulaciones, poner el acento en los aspectos transgresores de postulados clásicos, hablar de palabras o de conceptos nuevos....y olvidar el núcleo básico del Derecho Administrativo, que no es otro que la necesidad de regular una Administración eficaz, prestadora de servicios o, al menos, vigilante y exigente de los que ahora prestan entidades privadas. Y luego, atender a los problemas del control de esa Administración (pero, quizá, también de quienes en su nombre, de manera directa o indirecta, se ocupan de prestar los viejos servicios).

Esas y otras realidades invitan al jurista a adoptar una actitud realista, receptiva, atenta a lo nuevo....pero sin olvidar lo esencial. Una actitud que obliga a saber de dónde venimos, a conocer los antecedentes y el porqué de las cosas. Y a partir de ahí reafirmar o actualizar el valor de los conceptos para poder describir con precisión la realidad y, si es el caso, sugerir y proponer reformas. Porque la contribución social de los juristas no debe ser sólo la de pasar revista a tal o cual doctrina, a tal o cual línea jurisprudencial. Deben generar conocimiento, pero, además, expresar críticas, deducir conclusiones y generar propuestas.

Y eso nos obliga en varios sentidos que, ejemplificativamente, paso rápidamente a exponer:

9. En primer lugar las nuevas realidades nos obligan a reconstruir los conceptos. Palabras que antes tenían un significado preciso han dejado de tenerlo. No tienen exactamente los perfiles precisos y rigurosos (dogmáticos, en suma) que esas mismas palabras tenían hace poco y, lo que es peor, las consecuencias de regímenes que ellas mismas evocaban.

Hay, pues, una primera tarea de homogeneizar las palabras y los conceptos. Porque para poder intercambiar puntos de vista, es una condición previa manejar el mismo lenguaje y las mismas herramientas conceptuales, lo que resulta especialmente importante cuando se aborda el

Derecho comparado y no se tiene en cuenta la cultura política y jurídica del país considerado. Solo a partir de esos presupuestos podremos enfocar las nuevas realidades, entendernos, debatir alternativas y, si es el caso, cuestionar también algunos tópicos consolidados.

10. Una segunda idea que nos obliga y exige es tomar conciencia de la presencia cada vez mayor de la internacionalización jurídica. Una consecuencia de la globalización económica que ha traído consigo también cierta globalización cultural. En el ámbito del Derecho económico esa tendencia es muy evidente, pero también aparece, con frecuencia, en otros ámbitos y realidades.

En Europa esa internacionalización pasa primero por la construcción de un espacio europeo de Derecho Público, pero también por una europeización del Derecho interno, influido cada vez más por las normas de la Unión y, desde luego, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y aun la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La expansión y consolidación del espacio jurídico europeo es una aspiración necesaria, pero difícil. Difícil por razones técnicas, por razones políticas, pero también por tradiciones culturales. Piénsese en las dificultades habidas para llegar a un acuerdo de Código de Procedimiento administrativo europeo. No ha habido forma, a pesar de los esfuerzos del proyecto de Código ReNEUAL en cuyos trabajos se implicaron un montón de Universidades y profesores de prestigio. Y si no ha sido posible en algo aparentemente tan inocuo, ¿cómo no va a ser difícil en otros sectores más discutibles como los de las sanciones, la autotutela, la ejecución forzosa de los actos y otros similares?. Y no digamos ya en los asuntos referidos al control donde la tradición francesa del Consejo de Estado choca con los modelos articulados dentro del Poder judicial ordinario, como sucede en España por razones históricas difíciles de explicar en una intervención como esta.

11. La tercera reflexión que afecta a las nuevas realidades es quizá la más importante y, aunque viene atrás, se ha acentuado exponencialmente en los últimos años. Me refiero a la presencia del sector privado en ámbitos que hasta ahora eran protagonizados por los entes públicos. Me refiero a los cambios que se han producido en las relaciones entre el Estado y la Sociedad civil. Particulares y empresas privadas que actúan

en nombre de la Administración de la que cobran ayudas y subvenciones; que celebran contratos o encomiendas de gestión; que llevan a cabo las denominadas “actividades privadas de interés público” o, más sencillamente, que, sin excesivo control, prestan servicios que antes eran de carácter inequívocamente público.

Por lo que hace a la propia Administración y en relación con esas realidades está el tema de la llamada huida del Derecho Administrativo entendiendo por tal la práctica de las Administraciones de crear entes instrumentales con formas de personificación privada (sociedades mercantiles) con el declarado propósito de ser más ágiles y eficaces en la gestión de ciertas actividades, pero con la consecuencia, no menor y menos explícita, de huir también de muchos controles públicos propios de las Administraciones propiamente tales....

Pues bien, esas realidades sugieren una reflexión y una pregunta sobre el papel del Estado. Un Estado que quizá presta menos, pero que ahora tendría que regular, vigilar, inspeccionar y, eventualmente, sancionar más y mejor. Y la pregunta es, ¿puede hacerlo?, ¿tiene medios adecuados para fijar condiciones, criterios, pautas en beneficio de los derechos de los usuarios?, ¿tiene instrumentos para vigilar?, ¿es realista la regulación existente?

12. Llegados a este punto y relacionados con algunas de estas cuestiones quiero hacer referencia a dos importantes libros de autores españoles que me han llamado mucho la atención. El primero es de una joven profesora de la Universidad de Jaén (Andalucía), Lourdes de la Torre, y se publicó hace ya cuatro años. Se titula “Derecho e incertidumbre; disputas metodológicas de ayer y de hoy” y en él pasa revista, entre otras muchas cosas, a los retos del futuro, algunos de los cuales (la internacionalización, la interdisciplinariedad o la presencia de las nuevas tecnologías) coinciden con aspectos que he expuesto yo mismo en esta intervención. Pero, sobre todo, es una reflexión sobre el realismo jurídico, analizando en detalle el pensamiento del recientemente fallecido Alejandro Nieto y haciendo derivar de ese análisis propuestas y actitudes metodológicas (y vitales, añado yo) de gran interés.

El otro libro, más reciente, es un verdadero revulsivo impactante; un libro de lectura y reflexión obligada, de un autor consagrado que, curiosamente, es también el prologuista del libro que acabo de citar. (Y que me parece está ahora presente en la sala de este evento). Me refiero al

Prof. Esteve Pardo y a su reciente libro titulado: *El camino de la desigualdad*, con un gráfico subtítulo que, en sí mismo, desvela su contenido: “Del imperio de la ley a la expansión del contrato”. Es un libro fundamental donde desvela lo que podríamos denominar la “deconstrucción” del Estado social con el desplazamiento de la Ley y su sustitución por los contratos, donde predomina la perspectiva individual y donde cada vez con más frecuencia hay remisiones a estándares y normas –técnicas o no– cuyo origen desconoce la mayoría de los usuarios. El principio de legalidad (que es el poder que tienen quienes no tienen poder para pactar) y el correlativo principio de igualdad sufren y, en ocasiones, quedan desplazados y sustituidos por la negociación privada con grandes compañías que son ahora las que proporcionan actividades y servicios de los que depende, en gran medida, la vida cotidiana. He ahí el camino de la desigualdad, frente a la que el Estado y el Derecho que lo regula se muestran, en ocasiones, inermes y sin respuestas claras. ¿Qué futuro nos espera entonces si este diagnóstico se consolida como una realidad cierta?, ¿qué se puede hacer?

13. No tengo, obviamente, recetas milagrosas. Lo único que quiero decir ahora son dos cosas, y con esto termino. Una, que no cabe ignorar el contenido último de nuestra disciplina; su razón de existir; sus postulados básicos. Y esos postulados, que hay que tener siempre presentes, son los que ya he mencionado y que los constituyentes españoles tuvieron la feliz idea de plasmar en su texto. El Derecho Administrativo regula la actividad de las Administraciones Públicas con dos finalidades claras: conseguir que esa actividad sea eficaz, fluida, rápida y cercana, aunque cambien sus contenidos, pues esos contenidos van a depender de factores económicos y, sobre todo, políticos. Pero, sea cual sea esa actividad, debe ser eficaz. Y para eso la Ley otorga privilegios, potestades, herramientas, poderes de supervisión, verificación o inspección; mecanismos a los que sirven herramientas normativas como el procedimiento o técnicas más modernas como la Inteligencia Artificial, la digitalización o la electrónica. Y todo eso se debe afinar y mejorar.

La segunda cuestión, donde, a mi juicio, hay que poner todo el énfasis y todo el acento, es la idea de control. No me puedo detener en detalle sobre este asunto capital, pero cabe decir que importa una reflexión completa sobre el desarrollo de la justicia administrativa. En primer lugar, sobre la selección de los jueces encargados del control de la Administra-

ción que debería tener, quizá, un formato diferente al de los demás jueces (civiles o penales) buscando un perfil formativo diferenciado. Después, repensar el sistema de formación de esos jueces administrativos y su especialización (que en la actualidad, en España, es casi simbólica). Y, finalmente, reflexionar, primero, sobre el ámbito subjetivo del control y la posibilidad de extenderlo a la actividad privada de quienes prestan servicios de interés general o manejan dineros públicos por vía de subvenciones, ayudas o concesiones. Y, después, plantearse la estructura del proceso contencioso-administrativo, demasiado apegado, quizá, a la estructura del proceso civil. Y a la eficaz y rápida ejecución de sus Sentencias...

En todo caso el juez va a ser la clave del sistema. El contrapunto de un Ejecutivo fuerte. Un poder que equilibra. Un Poder que, por eso mismo, hay que fortalecer. Se trata de una necesidad que ya advirtió Otto Bachof, hace sesenta años en su conocido discurso rectoral: Jueces y Constitución. Las ideas centrales de su pensamiento siguen siendo, a mi juicio, válidas para controlar al Poder Ejecutivo que a veces se cree omnipotente por el solo hecho de que su origen procede de elecciones democráticas. Pero por encima está la Constitución y (como dijera Jean Rivero en un trabajo clásico) el conjunto de valores que llamamos cultura y que son los que hay que reivindicar y a los que hay que volver.

14. Poner en el circuito de las ideas algunas de estas reflexiones es una cuestión específica del profesorado universitario. Abordarlas proponiendo soluciones, también. Es una tarea fundamental en un tiempo de acelerados cambios en los que todo se transformó de repente. Pero no debemos dejarnos desorientar por esos cambios por profundos que sean. Lo que importa retener es la idea de que el Derecho debe proporcionar una respuesta sólida a esos cambios sociales y a las tensiones que producen; una respuesta práctica basada en la ley y en la razón; articulada en una lógica interna, pero no despegada de la realidad histórica y social. En ese contexto lo que importa reafirmar es el valor del pensamiento, del intercambio de ideas, la superación de los tópicos, el acuerdo sobre los conceptos, la clarificación de las palabras. Encontrar coherencia y asideros firmes. En definitiva, no perder la orientación y el rumbo. Para decirlo con palabras del Dante en la Divina Comedia:

Nel mezzo del cammin di nostra vita
mi ritrovai per una selva oscura,
ché la diritta via era smarrita.

Pues eso es justamente lo que los juristas debemos buscar como juristas y como ciudadanos: en medio de la selva oscura que hoy es el Ordenamiento Jurídico, encontrar la *diritta via*, que a veces se pierde (es *smarrita*) y que hay que recuperar como guía segura ante los nuevos problemas y los todavía desconocidos retos.

Grazie mille.

Muchas gracias

Basterebbero le parole del Prof. Martín per chiudere degnamente questo Convegno.

E, del resto, chiudere con una sintesi riassuntiva un incontro così ricco di relazioni, di stimoli, di riflessioni, di suggerimenti è compito davvero impossibile forse per chiunque, sicuramente per me.

Due cose però non posso non fare.

La prima, è ringraziare anch'io, Gabriella, Roberto e tutti i loro collaboratori per questa ospitalità che definire splendida è riduttivo. Vorrei poi esprimere la mia felicità, il mio onore per essere state accolta in questa famiglia dell'Associazione Italo-Spagnola, di cui conoscevo molti componenti, ma alla cui vita non partecipavo e che, devo dire, è un luogo davvero straordinario, per lo spirito che lo anima, per la capacità di produrre pensiero, che nasce, certo, dal raffronto fra due esperienze diverse, ma anche da un sentire comune molto forte e che ci aiuta a fare meglio il nostro lavoro.

Ho a disposizione dieci minuti, e quindi non provo nemmeno a ripercorrere gli appunti che pure diligentemente ho preso in questi due giorni di lavoro.

Mi limito a qualche riflessione generalissima che parte dalla considerazione che i temi di questo incontro sono stati scelti molto bene, perché a dispetto di quello che si potrebbe pensare trattandosi di argomenti all'apparenza eterogenei – sanità, autonomie e collaborazione, controlli – i fili che li legano insieme si stringono sempre di più e sono ritornati nelle varie relazioni.

Fili che sono emersi fin dal saluto iniziale, che mi piace ricordare qui, del Professor Roversi Monaco, che ha sottolineato la centralità del territorio nella pubblica amministrazione, e che si sono poi dipanati ieri e oggi con grande forza, intrecciando la territorialità con l'idea della coesione, e con una terza idea, che è quella della organizzazione, centrale come ben sappiamo nel sistema della pubblica amministrazione.

A proposito di organizzazione della pubblica amministrazione mi piace ricordare le parole di Nigro, grande studioso del nostro diritto amministrativo, il quale diceva che in sé buon andamento e imparzialità, che sono i due principi che l'articolo 97 della Costituzione prevede come principi della funzione amministrativa, sono principi vuoti, non vogliono dire nulla se non li si collega al primo principio che sta nel medesimo articolo 97, cioè il principio di organizzazione. In altre parole, tutto ha inizio con il modo con cui l'amministrazione è organizzata: se ben organizzata essa produce *ex se* buon andamento e imparzialità.

E questo noi l'abbiamo potuto constatare parlando di sanità, di controlli, di collaborazione e da ultimo oggi di autonomie locali.

Il tema della sanità è un grande tema, che ci tocca in maniera molto forte e pesante, come ha dimostrato in maniera drammatica la pandemia. In esso, la dialettica del rapporto fra pubblico e privato in ambito sanitario è emersa con accenti differenti all'interno dell'esperienza italiana e nell'esperienza spagnola. Ma anche in questo caso, ancora una volta, è la questione dell'organizzazione che viene in evidenza, perché anche quando la sanità, la cura della salute, si manifesta nel privato, comunque è pur sempre l'amministrazione che presiede al modello di esercizio dell'attività che viene prescelto.

Il tema dei controlli è, come abbiamo visto, sterminato per l'uso ormai sfrenato che se ne fa. In questo contesto i controlli hanno assunto modalità, forme, contenuti quanto mai differenti. Quelli dei controlli è diventato un mondo assolutamente ipertrofico, che finisce per essere – almeno questa è l'impressione che ho ricavato dalle belle e ricche relazioni di ieri – il luogo su cui si scaricano problemi di varia natura, che in fondo atterrebbero più propriamente alla regolazione dell'attività principale, di cui il controllo non dovrebbe essere altro che la proiezione successiva.

Non mi addentro nell'analisi dei controlli che sono stati definiti diabolici del PNRR, ma non posso non richiamare l'attenzione su quello che abbiamo sentito a proposito del fatto che la Corte dei conti si trova di fronte non solo alla necessità di verificare il rispetto degli obiettivi del PNRR, ma poi anche a quella di verificare la sostenibilità delle opere, delle attività che sono state prodotte attraverso gli investimenti del PNRR, e che quindi il suo parametro di controllo può essere quanto mai ambiguo.

Questo ci fa capire che il problema dell'incertezza non sta tanto nel controllo, quanto nell'attività, cioè nel momento in cui si finanziano progetti senza porsi immediatamente il problema di come poi le opere che ne saranno il risultato si mantengono. Il problema dunque, ancora una volta, non è del controllo, ma delle scelte amministrative di fondo.

In questo contesto si delinea in tutta la sua forza il tema della responsabilità, che è ritornato anche oggi parlando di autonomie territoriali. E si affaccia, anche in relazione ai controlli, tutta la problematica della cosiddetta "burocrazia difensiva", che non abbiamo trattato esplicitamente, ma che aleggia sullo sfondo delle nostre considerazioni è rappresenta un notevole rischio di disfunzione dell'amministrazione, a sua volta collegandosi alla menzionata ipertrofia dei controlli e al possibile malfunzionamento della responsabilità.

Non mi soffermo sul tema della collaborazione, che nondimeno è anch'esso emerso con una certa nettezza, sia trattando di controlli, sia in sé,

perché la complessità, il moltiplicarsi delle incombenze, la complicazione dell'attività amministrativa, porta come conseguenza la necessità di coordinamento, di ricerca di collegamenti idonei a far convivere centri di potere diversi, funzioni diversamente segmentate nel loro esercizio.

Un profilo che mi pare sia emerso in vari momenti del nostro, è quello della importanza del fattore umano, e dunque della centralità del momento della selezione del personale, della formazione anche sul piano etico del personale amministrativo o del personale di governo. Ancora nei miei appunti spicca anche un punto particolare, ossia l'importanza di conservare in capo all'amministrazione competenze tecniche, delle plurime *expertise* di cui è stata tradizionalmente portatrice, la cui perdita, in conseguenza di scelte estreme di esternalizzazione, rischia di compromettere la stessa capacità di governare.

Il dibattito di oggi è stato particolarmente interessante anche perché ha raffrontato due esperienze di organizzazione delle autonomie diverse ma con significativi punti in comune, come è stato possibile cogliere in particolare con riguardo a vari aspetti attinenti alla criticità della distribuzione delle funzioni, e ai suoi criteri. Così: nella prima relazione di oggi di Mauro Renna, la previsione, accanto ai criteri di sussidiarietà e di adeguatezza, del criterio di competenza e integralità; l'interessante collegamento fra distribuzione delle funzioni e legittimazione delle entità provinciali nella trattazione del collega Galán; nella relazione di Emanuele Boscolo l'aspetto della differenziazione – un altro tema che ci accomuna – l'importanza della differenziazione e il vizio di origine di tutte le regolazioni che nel nostro sistema hanno sempre uniformato e appiattito il sistema delle autonomie locali; tema questo poi ripreso e accentuato da Marcos Almeida Cerreda;

Fulvio Cortese ci ha richiamati alla centralità della città anche come momento di lancio dell'innovazione; a quest'ultimo tema si collega poi un'altra considerazione del collega spagnolo Rivero Ortega che ha messo in evidenza come la crisi della relazione fra governati e governanti nasca anche dall'insoddisfazione rispetto alle mancate risposte che ci si aspetta dall'amministrazione.

A questo proposito ricordo un punto messo in evidenza da Roberto Cavallo Perin nella sua introduzione ai nostri lavori, quando ha osservato che probabilmente la migliore forma di legittimazione dell'amministrazione è la sua effettiva capacità di rispondere ai bisogni della cittadinanza, degli utenti, dei cittadini. E questo ci deve far riflettere anche sul fatto che da qui dobbiamo sempre partire per evitare i rischi di autoreferenzialità quando parliamo di amministrazione e di diritto amministrativo: la domanda che dobbiamo porci è: a cosa serve l'amministrazione?

E questa forse è la diritta via di cui si parlava la prima, citando Dante.

INTERVENTI PROGRAMMATI / COMUNICACIONES Y DEBATE

El papel de la Carta Europea de Autonomía Local en los procesos de reforma territorial y local: experiencias recientes

“Il ruolo della Carta europea dell'autonomia locale nei processi di riforma territoriale e locale: esperienze recenti”

ANGEL-MANUEL MORENO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Experiencias recientes de reorganizaciones territoriales en Europa. – 2.1. El caso de las regiones francesas. – 2.1.1. Noticia sumaria de la reforma. – 2.1.2. El papel del art. 5 de la Carta en el foro interno. – 2.1.3. Reacción del Congreso de Poderes Locales y Regionales. – 2.2. El caso de la reforma local en Letonia. – 2.2.1. Alcance de la reforma. – 2.2.2. El peso de la Carta en el foro interno. – 2.2.3. La actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales. – 2.3. La reforma de la planta local en Chipre: las fusiones obligatorias de entes locales. – 2.3.1. Exposición de la reforma. – 2.3.2. La consulta de los entes locales, el papel de la Carta y la actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales. – 2.3.3. Desarrollos forenses. – 3. Conclusiones

1. Introducción

La presente comunicación analiza el papel que ha tenido la Carta Europea de Autonomía Local¹ (en adelante, “la Carta”) en un conjunto de procesos de reorganización territorial y local, que se han desarrollado en diferentes países europeos a lo largo de los últimos años. Se analiza el impacto no solo jurídico de la Carta, sino la actuación que el Congreso de Poderes Locales y Regionales (en adelante, “el Congreso”) ha desarrollado en el marco de tales procesos. El punto central del análisis es el art. 5 de la Carta, que contiene previsiones explícitas que son aplicables a los citados procesos². La comunicación explora igualmente el papel de los ciudadanos-residentes en los entes locales afectados por estas reorganizaciones.

¹ Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. Publicada en el “BOE” núm. 47, de 24 de febrero de 1989.

² Igualmente ha de tenerse en cuenta, por lo que hace al “acquis” preciso en este terreno la Recomendación Rec(2004)12, del Comité de Ministros (que es el máximo órgano del Consejo de Europa) a los Estados Miembros relativa a los procesos de reforma de los límites territoriales o estructura de los entes locales y regionales (aprobada por el dicho Comité el 20 de octubre de 2004).

2. *Experiencias recientes de reorganizaciones territoriales en europa*

Durante las últimas décadas numerosos países europeos (Turquía, Grecia, Dinamarca, etc) han llevado a cabo procesos más o menos ambiciosos y traumáticos de reformas territoriales que han afectado a los escalones subestatales: regiones, provincias, municipios, entidades menores, etc. Todos esos procesos son concebidos, pilotados y materializados por las autoridades centrales o nacionales, que consideran que, como rasgo estructural del sistema territorial, existen demasiados entes locales en el país, de talla demasiado reducida y económicamente ineficientes. Se quiere, pues, *racionalizar* el mapa territorial. La razones de eficiencia son claramente expuestas y defendidas por sus promotores, pero resta por valorar y determinar cuál es la dimensión correcta de la participación de los entes territoriales afectados por la citadas reformas, y sobre todo de sus habitantes. En esta comunicación analizamos tres de dichos procesos, producidos durante los últimos ocho años, concretamente en Francia, Letonia y Chipre.

Estos tres países comparten unas notas comunes, que permiten su estudio conjunto: (a) son estados miembros del Consejo de Europa; (b) han firmado y ratificado la Carta; y (c) no han opuesto “reservas impropias” al art. 5 de la carta, cuyo texto dice: “Protección de los límites territoriales de las Entidades locales. *Para cualquier modificación de los límites territoriales locales, las colectividades locales afectadas deberán ser consultadas previamente, llegado el caso, por vía de referéndum allí donde la legislación lo permita*”.

Por razones evidentes de espacio y concreción temática evitaremos realizar una exégesis de ese precepto, centrándonos en su dimensión práctica, jurídico-política.

2.1. *El caso de las regiones francesas*

2.1.1. *Noticia sumaria de la reforma*

Como es bien sabido, en Francia las regiones fueron creadas en 1982. En 2015 fueron totalmente remodeladas por una ley nacional, por virtud de la cual las entonces 22 regiones existentes en la Francia metropolitana se redujeron a 13 (Córcega permaneció intacta debido a su situación insular y estatus especial). Sus límites y ámbito territoriales fueron totalmente remodelados por el legislador.

Esta fusión masiva de las regiones existentes y la reorganización de su base territorial fueron impulsadas por el Gobierno y finalmente se llevaron a cabo mediante una ley del Parlamento francés (Ley de 16 de febrero de 2015)³. La reforma se basó supuestamente en argumentos razonables como la eficacia, la racionalidad y el despliegue de recursos⁴. Sin embargo, y según las declaraciones unánimes de los representantes locales y regionales, esta reforma territorial estructural se llevó a cabo sin consultar a las autoridades regionales afectadas. Ni los habitantes, ni los consejos regionales ni los presidentes regionales fueron consultados antes de la reforma, y nadie a nivel local o regional tuvo la oportunidad de negociar estas medidas «con París» (Gobierno y Parlamento).

2.1.2. *El papel del art. 5 de la Carta en el foro interno*

Estas medidas legislativas dieron lugar a diferentes procesos judiciales ante las más altas instancias forenses francesas: el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) y el Consejo de Estado (*Conseil d'État*). En esos pleitos, el art. 5 de la Carta tuvo un peso significativo en los argumentos desplegados por los actores, contrarios a la reforma, y que sostenían, entre otros extremos, que la misma se había llevado a efecto con quebrantamiento de normas internas (en su caso, constitucionales) e internacionales.

La invocación de que se había producido una violación del art. 5 de la Carta tuvo un peso importante en el proceso de inconstitucionalidad seguido ante el Consejo Constitucional, concretamente un control previo de inconstitucionalidad. Dado que no se había producido un proceso auténtico de consulta y participación de las regiones afectadas, en proceso legislativo, se habría quebrantado el procedimiento de elaboración de normas, con repercusiones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, este órgano adoptó un enfoque bastante restrictivo respecto a la influencia que la Carta podía tener en la disputa. Sostuvo, entre otras razones, que un tratado internacional como la Carta no puede establecer válidamente fases o trámites en el procedimiento de elabora-

³ «*Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*».

⁴ Otras versiones no oficiales de los motivos de esta masiva reorganización territorial señalan que la remodelación de la Región fue un precio que Francia (gobernada en aquel momento por el Sr. Hollande) tuvo que pagar a Bruselas, para obtener un alivio de las normas de los tratados de la UE sobre déficit excesivo.

ción y aprobación de normas; que este está exclusivamente regido por el derecho constitucional interno; que la Carta no es lo suficientemente precisa; y que el Consejo Constitucional no podía utilizar la Carta como parámetro interpuesto para resolver la controversia, dado que no es el juez del control de la “convencionalidad” (*contrôle de conventionnalité*), sino que únicamente lleva a cabo un control abstracto de la constitucionalidad de las normas⁵. En efecto, aun cuando se reconoce a los tratados y convenios internacionales un valor jurídico superior al de las leyes, el *Conseil constitutionnel*, en su jurisprudencia consolidada, considera que la verificación de la conformidad de una ley determinada con las disposiciones de un tratado internacional no es competencia suya⁶.

También se instituyeron procesos en los tribunales administrativos, del que el Consejo de Estado es cúspide. Dado que el Consejo Constitucional había ya dictado previamente sentencia, ello condicionó en gran medida la suerte de estos procesos, pues fueron desestimados en su totalidad por razones técnicas de Derecho administrativo francés⁷. Además, en estos pleitos tuvo una especial fuerza el hecho de que el art. 72-1 de la Constitución Francesa prevé los referendos locales sólo como una posibilidad, y no como un requisito obligatorio en los procesos de fusiones municipales y regionales.

2.1.3. *Reacción del Congreso de Poderes Locales y Regionales*

Esta reforma territorial masiva ya fue objeto de un intenso análisis por parte del Congreso, con ocasión de la visita de seguimiento sobre la aplicación de la Carta, que tal Organismo realizó en Francia al poco tiempo de consumarse aquella⁸. El Congreso le dedicó una notable extensión

⁵ Sentencia n° 2014-709 DC del 15 de enero de 2015.

⁶ Sobre este asunto, vid.: *Dossier documentaire des services du Conseil Constitutionnel*, relativo a la sentencia citada. La sentencia provocó, evidentemente, múltiples comentarios entre los especialistas franceses. Vid. por ejemplo: S. DE CACQUERAY, *Note sous décision n° 2014-709 DC*, in *Revue française de droit constitutionnel*, juillet-septembre 2015, n° 103, pp. 700-704; M. VERPEAUX, *Les nouvelles régions sont constitutionnelles*, in *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 23 mars 2015, n° 12, pp. 26-30.

⁷ Sentencia del *Conseil d'Etat* n° 393026, de 27 de octubre de 2015.

⁸ Para una exposición de esta actividad del Congreso, por medio de la cual comprueba in situ y de primera mano el grado de aplicación de la Carta en los Estados del Consejo de Europa que la han ratificado, vid. nuestra contribución: “El seguimiento, por el Consejo de Europa, de la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local en sus Estados miembros”, en la obra colectiva (T.FONT – M. VILALTA, dirs.): *La Carta Europea*

en su informe de seguimiento (*monitoring report*) y en el memorándum explicativo (*explanatory memorandum*) en el que se fundamentan estos documentos. Como consecuencia de esta visita y de los contactos y reuniones realizadas con las autoridades francesas, el Congreso llegó a la conclusión, razonada *in extenso*, de que se había producido una violación del art. 5 de la Carta. Finalmente, el Congreso aprobó una Recomendación, dirigida a las autoridades francesas⁹.

En 2023, el Congreso volvió a realizar una nueva visita de seguimiento en Francia (sobre la aplicación de la Carta) y detectó que el marco legal actual había sido modificado, de manera que en nuestros días sería alto improbable que se volviera a producir una reforma territorial como la del 2016, sin la participación, o al menos consulta, de las regiones afectadas.

En la actualidad, el régimen jurídico vigente procede de una modificación legislativa reciente, y prevé un procedimiento totalmente distinto para la fusión de regiones: de forma similar a los departamentos, se prevé que dos o más regiones que formen un territorio contiguo puedan, por acuerdo de sus consejos regionales, solicitar a las autoridades centrales su agrupación en una única región. Esta decisión debe adoptarse por mayoría de tres quintos de los votos emitidos en los consejos regionales respectivos. La fusión propuesta se somete además al dictamen de los consejos de los departamentos ubicados en las regiones promotoras.

No obstante, la ley prevé un caso controvertido de decisión implícita, ya que se establece que «se considerará favorable el dictamen de cualquier consejo departamental que no se haya pronunciado en el plazo de tres meses desde que el presidente del consejo regional le haya remitido el asunto». Es decir, la aprobación al proyecto de fusión se podría dar, al menos en teoría, de forma implícita. Finalmente, la fusión de las regiones se decide por decreto adoptado en *Conseil d'Etat*.

Así pues, está claro que en el caso de las regiones el art. 5 de la Carta es respetado actualmente en Francia, ya que la fusión debe decidirse de oficio por las regiones interesadas, y no de manera unilateral e imperativa por las autoridades centrales.

Ahora bien, dado que este marco obedece a unas disposiciones le-

de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019, págs. 309-352.

⁹ *Recommendation 384 (2016)1 Local and regional democracy in France*. Debatida y adoptada por el Congreso el 22 de marzo de 2016. (Document CG30(2016)06-final, explanatory memorandum), co-rapporteurs: Jakob (Jos) Wiene & Gudrun Mosler-Törnström.

gales precisas, nada en el ordenamiento jurídico francés impediría al Parlamento realizar en el futuro una operación similar a la realizada en 2015, simplemente porque una ley posterior (*lex posterior derogat priori*) puede modificar una anterior (cabalmente, la que regula actualmente la reforma de las regiones). A la luz de las consideraciones anteriores, los “rapporteurs” del informe de seguimiento de la aplicación de la Carta en Francia consideraron que se ha producido una mejora de la situación, en comparación con la situación presente en 2015, y que actualmente Francia cumple el artículo 5 de la Carta¹⁰.

En cualquier caso, los representantes del Congreso recibieron las más altas seguridades por parte de las autoridades gubernamentales francesas de que por el momento no hay planes para llevar a cabo nuevas reestructuraciones del mapa de regiones en Francia.

2.2. *El caso de la reforma local en Letonia*

2.2.1. *Alcance de la reforma*

En esa república báltica, el gobierno promovió y llevó a cabo una profunda reforma local en 2019-2020¹¹. La reforma, justificada igualmente por el gobierno por razones de economía, eficacia y racionalidad financiera, pretendía transformar sensiblemente la planta local: concretamente quería reducir los entonces existentes 110 *municipios* y 9 *ciudades* y dejarlos en 36 municipios, aparte de fusionar otros entes locales¹². Las grandes ciudades del país (denominadas “ciudades republicanas”) serían reducidas de 9 a 5: Riga, Jurmala, Daugavpils, Liepaja y Rezekne. Los nuevos municipios pasarían a englobar los territorios de varios de los preexistentes, dando lugar a lo que venía a ser *de facto* una suerte de supermunicipios, más próximos a los condados u otras figuras supramunicipales que auténticos entes “locales”.

La reforma se concretó y decidió por el Gobierno letón sin que hubiera una auténtica consulta y participación de las entidades locales afectadas.

¹⁰ Vid: *Recommendation 507 (2024), Monitoring of the application of the European Charter of Local Self-Government in France*, recientemente adoptada por el Congreso en su sesión del 27 de marzo de 2024, ((2024)46-16, explanatory memorandum), rapporteurs: Bryony RUDKIN & Matija KOVAC.

¹¹ *Likumprojekts “Administratīvo teritoriju un apdzīvotību likums”*, Nr.462/Lp13.

¹² Hay que resaltar que la planta municipal ya había sido sensiblemente reducida unos años antes, concretamente en 2009.

tadas, que además alegaban que algunas de las nuevas entidades locales resultantes eran irracionales o contrarias a los principios que sedicentemente inspiraban la reforma.

El gobierno, eso sí, llevó a cabo una serie de sesiones informativas, dirigidas a los alcaldes y concejales de los ayuntamientos afectados. Hubo un programa de “reuniones” con el mundo local. Pero la reforma se “vendió” como una decisión ya hecha, sin que hubiera margen para una auténtica participación y consulta con los entes locales interesados, o para las reformas derivadas de la participación e “input” del mundo local. De hecho, la asociación nacional de entes locales de inmediato formuló una fuerte queja ante el Congreso, denunciando el proyecto gubernamental (vid. *infra*).

A mayor abundamiento, diferentes expertos y organismos científicos también expresaron valoraciones negativas de la reforma, como la muy respetada Academia de Ciencias de Letonia¹³.

La reforma provocó también una notable ola de protestas populares, algo insólito en Letonia, cuya población no suele apreciar estas actitudes. Además, numerosos municipios llevaron a cabo, por su cuenta y riesgo, procesos de consultas populares, encuestas y más o menos velados referéndums locales, que merecieron del Ministro competente la más enérgica oposición. En lugar de mostrar sensibilidad por estas iniciativas de democracia directa, el ministro las descalificó y desautorizó, alegando que no eran «legales» e instó a los ayuntamientos a poner fin a tales prácticas. En algunos casos incluso llegó a prohibirlas formalmente (vid. *infra*).

A pesar de la ingente oposición local y de la actuación del Congreso (vid. *infra*), la reforma acabó siendo aprobada por una ley de la *Seima* (el parlamento Letón) en junio de 2020 y empezó a materializarse a partir de la celebración de las elecciones locales celebradas en ese país el 5 de junio de 2021, comicios que permitieron la constitución de los nuevos ayuntamientos de acuerdo con la nueva planta territorial aprobada.

2.2.2. *El peso de la Carta en el foro interno*

En Letonia, un Estado de tradición constitucional “monista”, la aplicabilidad directa de la Carta está garantizada y reconocida por el Tribu-

¹³ Conclusion of the Report on the Concilium of Experts of the Humanities and Social Sciences Division of the Latvian Academy of Sciences, adopted at the meeting of the Concilium held on 4 November 2019.

nal Constitucional. Éste es competente para declarar la no conformidad de una ley del Parlamento o de un reglamento con la Carta, ya que la misma se considera como una norma vinculante de Derecho internacional, ratificada por Letonia, que tiene preferencia sobre la legislación nacional. Considera igualmente que toda violación de la Carta es al mismo tiempo una violación de la Constitución, por ello el alto Tribunal letón ha desarrollado una de las jurisprudencias más avanzadas de Europa en materia de aplicación de la Carta y de reconocimiento de su valor jurídico¹⁴.

Como no podía ser menos, el Tribunal Constitucional de Letonia se vió interpelado en varias ocasiones con relación a la aplicación de la Carta en el marco de la profunda reforma local de la que se ha dado cuenta más arriba. No llegó a declarar inconstitucional la reforma local en su conjunto por falta de claridad y precisión de la Carta en cuanto a la obligatoriedad de celebrar un referéndum local en todas y cada una de las entidades locales afectadas, tal y como una lectura “democrática” y progresista del art. 5 parece aconsejar. Sin embargo, sí que se vio precisado a aplicar la Carta en otros procesos en los que se cuestionó la legalidad y constitucionalidad de algunas medidas del Gobierno.

Por ejemplo, el 15 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional letón, a raíz de una demanda presentada por el pleno del ayuntamiento de un municipio afectado por la reforma, declaró inconstitucional un decreto gubernamental que bloqueaba una encuesta que el ayuntamiento quería realizar entre los residentes locales, atinente a la reforma territorial en curso. Con el decreto impugnado, el Ministro de Protección del Medio Ambiente y Desarrollo Regional (Sr. Puce) había suspendido la realización de una consulta local sobre la reforma territorial administrativa, que en su forma y operatoria era similar a un referéndum local. El Tribunal Constitucional anuló el decreto y concluyó que la Constitución letona y la Carta Europea de Autonomía Local (art. 5) reconocen el derecho de las autoridades locales a escuchar la opinión de los residentes de sus municipios sobre los cambios previstos en los límites del territorio de la entidad local¹⁵.

¹⁴ De ello da fe el hecho de que entre 1997 y 2015, las autoridades locales letonas presentaron aproximadamente cuarenta recursos ante el Tribunal Constitucional, impugnando el contenido de diversas leyes del Parlamento, varios reglamentos del Consejo de Ministros o decisiones de ministerios concretos. Entre las diversas ocasiones en que el Tribunal ha examinado la Carta o reconocido su aplicabilidad, cabe mencionar sus sentencias n.º 2101 de 2007, 2406 de 2009, 1005 de 2013, 2303 de 2016.

¹⁵ Procedimiento n.º 2019-17-05, sobre la conformidad de la Orden del Ministerio

2.2.3. *La actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales*

Como se ha dicho ya, el prospecto del proyecto gubernamental provocó una profunda y unánime protesta del mundo local (y de muchos ciudadanos, a través de manifestaciones y movilizaciones varias). En el marco de ese caldo de cultivo, las autoridades locales, por medio de su asociación nacional (“LALRG”)¹⁶, recurrieron lógicamente también ante el foro internacional, y es evidente que el Consejo de Europa, y concretamente el Congreso, era la estructura de referencia adecuada. Así, y como una extensión de sus actividades, el 10 de octubre de 2019 la asociación nacional envió una carta de queja al Congreso, alegando que la situación actual del gobierno local en el país violaba la Carta en diferentes aspectos.

En respuesta a la carta de queja presentada por el LPS, el Congreso decidió llevar a cabo una misión de «investigación» (“fact-finding mission”) en el país. La visita se desarrolló en Riga los días 4 y 5 de diciembre de 2019. Una delegación oficial del Congreso llevó a cabo varias reuniones y entrevistas con el LPS, con el Ministro encargado de la reforma (MEPRD), con el Ministerio de Finanzas y con otras partes interesadas.

Como resultado de la visita, el Congreso elaboró un informe, junto con un proyecto de Recomendación y un proyecto de Resolución sobre la reforma territorial, dirigidos a las autoridades letonas, que fueron aprobados por el Comité de Seguimiento del Congreso en su reunión de febrero de 2020¹⁷. Lamentablemente, la Recomendación y la Resolución definitivas no pudieron ser aprobadas por el pleno del Congreso en el plazo previsto debido al impacto de la pandemia en los trabajos y actividades del Consejo de Europa. En consecuencia, se pospuso la aprobación por el pleno del Congreso de la Recomendación final y la Resolución.

En el informe resultante de la misión de investigación, los ponentes (los srs. X. Cadoret, de Francia, y el Sr. M. Cools, de Bélgica) expresaron su decepción y preocupación por el desarrollo de la democracia local en el país. También lamentaron que el Ministro competente siguiera mostrándose reacio ante las exigencias de celebrar una verdadera consulta y diálogo con los municipios y con su asociación nacional, tal y como

de Ambiente y desarrollo Regional del de 25 de abril de 2019 n° 12/59 con los artículos 1 y 101 de la Constitución y con el artículo 5 de la Carta Europea de Autonomía Local.

¹⁶ La Asociación Letona de Gobiernos Locales y Regionales (“Latvijas Pašvaldību savienība” en letón) fue en 1991, y desde esa fecha agrupó de forma voluntaria a los entonces existentes 119 gobiernos locales de Letonia.

¹⁷ Documento CPL(2020)39-04prov, de 12 de febrero de 2020.

exige la Carta. En su proyecto de Recomendación, el Congreso expresó su preocupación, entre otras cosas, por la falta de una consulta adecuada, a su debido tiempo y de manera apropiada (en el sentido de los artículos 4.6 y 5 de la Carta) de las autoridades locales afectadas de la asociación nacional y de los residentes de los municipios afectados durante la planificación y aplicación de la reforma.

A la luz de todo ello, el Congreso recomendó, entre otras cosas, que las autoridades letonas «aplacen la adopción del proyecto de ley sobre la reforma del gobierno local hasta que se haya llevado a cabo una consulta justa y efectiva a su debido tiempo y de forma adecuada, de conformidad con los artículos 4.6 y 5 de la Carta, para permitir a las autoridades locales y a la asociación nacional expresar sus opiniones y hacer propuestas sobre el contenido y el calendario de la reforma».

Por lo que respecta al proyecto de Resolución, el Congreso resolvió continuar siguiendo de cerca la evolución de la reforma del gobierno local en Letonia, así como «ampliar su diálogo político con las autoridades nacionales letonas para que cumplan las disposiciones establecidas en la Carta, en particular a la hora de aplicar la reforma, con el fin de mejorar la situación de la democracia local y regional en Letonia».

Durante todo el proceso de toma de decisiones gubernamentales y posteriormente durante los debates parlamentarios de la legislación propuesta sobre la reforma territorial, el Consejo de Europa, a través del Congreso, intentó influir en las autoridades centrales letonas, recomendando suspender la adopción y/o la aplicación de la reforma territorial, con el fin de facilitar una verdadera «consulta» con las autoridades locales afectadas, de acuerdo con el espíritu del art. 5 de la Carta.

Por ejemplo, cuando se reanudaron los debates parlamentarios en la *Saeima*, el Presidente de la Cámara de autoridades locales del Congreso siguió haciendo un claro llamamiento (mayo de 2020) para que se pospusiera la adopción de la ley pertinente y se permitiera una consulta adecuada y oportuna con las autoridades locales letonas y su Asociación (LPS) que cumpliera los compromisos de Letonia derivados de la Carta.

A pesar de los esfuerzos, llamamientos y recomendaciones del Consejo de Europa, la reforma fue finalmente aprobada por el Parlamento leton en junio de 2020. El Congreso, por su parte, deploró la promulgación definitiva y efectiva de la reforma territorial, a pesar de sus llamamientos a reconsiderarla. Lamentablemente, el gobierno leton fue indiferente a los esfuerzos diplomáticos e intergubernamentales desplegados por el Consejo de Europa en este terreno.

2.3. La reforma de la planta local en Chipre: las fusiones obligatorias de entes locale

2.3.1. Exposición de la reforma

Chipre (o mejor dicho, la “República de Chipre”) has sido tradicionalmente uno de los países más centralizados de Europa, pero diferentes gobiernos chipriotas han debatido ampliamente durante años diferentes planes de reforma del gobierno local, que incluían la descentralización y la consolidación territorial.

El proyecto del que aquí hablamos es el último de ellos, elaborado por el Gobierno en 2020, que en realidad está en línea de continuación con los precedentes, emprendidos desde 2009 pero nunca hasta entonces materializados. La reforma gubernamental de la planta local afectaba no solo a los municipios sino a numerosos entes asociativos del tipo “mancomunidades” o “consorcios” (como los distritos de depuración, “*sewerage districts*”).

La reforma se articulaba en torno a tres proyectos de ley, que fueron aprobados por el Gobierno en 2020 a propuesta del Ministerio del Interior. Con ellos se llevaba a cabo una importante reforma del régimen jurídico vigente en materia de régimen local en Chipre. Los tres proyectos de ley eran: (a) La Ley de Municipios de 2020, (b) La Ley de Comunidades (reforma) de 2020, y (c) La Ley de Organizaciones de Distrito de 2019. Según el Gobierno, esta reforma – que se basó en estudios técnicos y económicos adecuados – permitiría a Chipre cumplir la Recomendación 389 (2016) del Congreso, que le había servido de guía inspiradora.

De los tres proyectos de ley, el más relevante a nuestros efectos es el de modificación de la Ley de Municipios, que tenía por objeto conceder más autonomía financiera a los municipios; transferir, asimismo, nuevas responsabilidades y competencias a estas autoridades locales, en ámbitos como los asuntos sociales, la expedición de permisos, el mantenimiento de las infraestructuras locales, la protección del medio ambiente y la calidad de vida, y las escuelas; establecer nuevos mecanismos de control de la transparencia y rendición de cuentas; y transferir nuevos recursos a los gobiernos locales. El Ministro del Interior aseguró que los nuevos municipios que surgirían de la reforma serían más autónomos, robustos y económicamente viables y podrían prestar servicios públicos de forma más eficaz.

Por otra parte, este proyecto legislativo suponía una importante reorganización de la entonces existente planta de las autoridades locales

chipriotas. Este es el asunto que suscitó más atención mediática y debates políticos. Concretamente, la reforma preveía inicialmente la creación de 17 nuevos municipios (cifra ampliada posteriormente, véase más abajo), que resultarían de las fusiones o amalgamas de los 30 municipios ahora existentes, más 48 *comunidades* (de las 350 existentes). La población de los nuevos términos municipales aumentaría en 100.000 habitantes de media, y la nueva población media por municipio sería de 700.000 habitantes, albergando el 83 % de la población chipriota total. Como puede apreciarse, se trata de los mismos argumentos gubernamentales expresados en el caso de Francia o Letonia.

Se trataba de una reorganización de ámbito nacional que afectaba a todos los municipios, ya que su número se reduciría considerablemente (aproximadamente a la mitad). La reforma afectaba también a un número significativo de “comunidades” (pequeños entes locales), que también se fusionarían con los nuevos municipios, más grandes, y pasarían a ser «distritos» de los nuevos municipios. Todas las «antiguas» autoridades locales (municipios y comunidades fusionadas) se disolverían. En cambio, el resto de comunidades que no se fusionarían permanecerán como estaban hasta entonces, con ligeras modificaciones en su régimen jurídico.

Los proyectos de ley fueron presentados por el Gobierno a la Cámara de Representantes en el verano de 2020. Se introdujeron algunas enmiendas en los proyectos de ley. Por ejemplo, el número de nuevos municipios que se crearán aumentó en el Parlamento de 17 (propuesto inicialmente por el Gobierno) a 20.

2.3.2. La consulta de los entes locales, el papel de la Carta y la actuación del Congreso de Poderes Locales y Regionales

Las discusiones sobre los detalles de la reforma (especialmente la cuestión de la fusión de municipios) ralentizaron la aprobación en el Parlamento, y que se introdujeron nuevas enmiendas. Es más, la propia promulgación de la reforma se vio comprometida por discrepancias entre los grupos parlamentarios. Esto sólo puede entenderse haciendo referencia al sistema político de la República de Chipre, donde los poderes Ejecutivo y Legislativo están estrictamente separados y responden a correlaciones políticas diferentes.

Según el Gobierno, la reforma fue precedida de las oportunas consultas con las asociaciones de autoridades locales pertinentes. Sobre este punto, las dos asociaciones nacionales de entes locales existentes en la

isla coincidieron en el hecho de que el Gobierno les había consultado ampliamente en la fase de redacción de la reforma, de hecho desde 2017. Sin embargo, hubo discrepancias entre las dos asociaciones en cuanto al alcance del proceso de consulta y participación en la toma de decisiones.

Así, la Unión de Municipios (UCM) declaró que apoyaba la reforma. Sin embargo, también advirtió de que durante los debates parlamentarios la propuesta inicialmente acordada con el Gobierno sufrió algunos cambios que, a su juicio, habían desviado la reforma de su espíritu y objetivos.

A pesar del asentimiento general de la UCM, la reforma se encontró con la oposición de algunos municipios (como Geroskipou o Pegeia) que no deseaban fusionarse con los municipios y comunidades que proponía el proyecto de ley. Al contrario, demandaban continuar siendo el municipio «principal», o fusionarse con otros municipios o comunidades cercanos. Además, el municipio de Pegeia presentó en agosto de 2020 una queja por escrito al Congreso sobre la reforma y su proceso decisorio.

A nivel de las comunidades, la reforma ha encontrado más oposición. Aparte de la importantísima cuestión de la falta de consulta (véase el punto 3.3), varias de ellas declararon que el modelo de fusión era erróneo o irracional. Varios líderes de estas comunidades afirmaron también que el patrimonio cultural y social de las antiguas comunidades se disolvería en las unidades territoriales más grandes creadas por la ley, y que en los nuevos organismos locales no se tendrían en cuenta sus intereses ni se escucharía su voz. Por último, varios líderes comunitarios se quejaron de la falta de una consulta adecuada.

Otra cuestión relevante para esta comunicación estuvo constituida por la posibilidad de celebrar un referéndum sobre la reforma, idea que suscitó muchos debates y controversias. La perspectiva de una consulta popular (ya fuera a escala nacional o local) estuvo permanentemente sobre la mesa.

Por ello, el art. 5 de la Carta se convirtió en un aspecto importante de la reforma de la administración local en Chipre. Las diferentes partes implicadas en la reforma discreparon, eso sí, en cuanto a la medida en que se había respetado esta disposición de la Carta. El Gobierno sostuvo que esta disposición se había respetado plenamente, y lo mismo opinaban las asociaciones de municipios. Sin embargo, algunas autoridades locales afectadas por la reforma (especialmente las comunidades) discrepaban tajantemente de esta versión.

A modo de ejemplo, cabe decir que durante el proceso de consulta entre el Ministerio y la Unión de Municipios Chipriotas, la Unión de

Municipios celebró dos asambleas generales extraordinarias para informar e intercambiar ideas con todos los miembros afiliados. Durante estas asambleas generales, los miembros participaron en procedimientos de votación que mostraron que una gran mayoría de los miembros de la Unión apoyaban el proceso de reforma. En particular, la UCM celebró una Asamblea General en noviembre de 2019 y decidió por amplia mayoría proceder a las fusiones según la propuesta del Gobierno, y hacerlo sin llevar a cabo referendos locales.

El Gobierno chipriota, por su parte, quería evitar los referendos locales. Según altos funcionarios ministeriales, había varias características estructurales y no escritas del sistema chipriota de gobierno local que desaconsejaban la celebración de tales referendos. Si se celebraban referendos individuales en todos los entes locales objeto de la reforma, podrían surgir dos problemas: en primer lugar, dado que existía un alto nivel de clientelismo político y una concepción patrimonialista del gobierno a nivel local, lo más probable era que las fusiones propuestas se rechazasen sólo para mantener el *statu quo* vigente y la fuerza política de algunos líderes locales, un poder que se perdería en las nuevas unidades territoriales más grandes creadas por la reforma. En segundo lugar, podrían surgir importantes problemas técnicos si, por ejemplo, una posible fusión era aceptada por algunas autoridades locales, pero rechazada por otras. Toda la reforma quedaría desequilibrada y podría bloquearse. En resumidas cuentas, el argumento del Gobierno era que el referéndum debía celebrarse en todo el país, en aras de garantizar la mejora y la potenciación de la propia administración local, por paradójico que ello pudiera parecer.

A tales efectos, el Ministro del Interior presentó una propuesta al Consejo de Ministros para la organización de un referéndum nacional sobre la reforma del gobierno local que se celebraría simultáneamente con las elecciones generales que tendrían lugar el 30 de mayo de 2021. La propuesta fue adoptada por el Consejo de Ministros el 3 de marzo de 2021 y posteriormente se remitió a la Cámara de Representantes para su aprobación, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Referendos (el Parlamento tiene la última palabra en la convocatoria de referendos). El proyecto de ley enviado al Parlamento incluía la pregunta que supuestamente se formularía a la población en el referéndum nacional: «¿Está usted de acuerdo con la reforma de la Administración Local sobre la base de la propuesta del poder ejecutivo, para la creación de 17 nuevos municipios con autonomía administrativa y financiera?».

Sin embargo, la propuesta del Gobierno de celebrar un referéndum nacional sobre la reforma local fue rechazada por el pleno de la Cámara de Representantes, el 15 de abril de 2021. Al parecer, los principales partidos políticos, AKEL (izquierda), DIKO (centro) y EDEK (socialistas), no estaban de acuerdo con la propuesta del Gobierno y expresaron la opinión de que, en su lugar, deberían celebrarse referendos locales, para que la población local decidiera sobre la reforma y sobre la fusión o abolición de sus autoridades locales. En consecuencia, la cuestión del referéndum sobre la reforma local fue pospuesta y estaba previsto que fuera debatida y decidida por el nuevo Parlamento que resultara de las elecciones generales de mayo de 2021.

Todos estos acontecimientos fueron seguidos de cerca por el Congreso, que llevó a cabo en la primavera de 2020 una visita de seguimiento sobre la aplicación de la Carta en Chipre. De esa visita y de las diferentes entrevistas realizadas resultó un informe de seguimiento, así como una Recomendación dirigida a las autoridades chipriotas. Entre otras cuestiones, el Congreso les recomendó que consideraran la pertinencia de celebrar referendums locales separados en los municipios y comunidades que se preveían fusionar, en lugar de un referéndum a escala nacional en el que los residentes locales no pudieran hacer oír su voz de forma contextual y diferenciada¹⁸.

Las elecciones generales de 2021, con un nuevo Parlamento elegido y el contexto de la pandemia afectaron fuertemente el estado de cosas arriba descrito. La reforma local siguió su camino y fue finalmente aprobada en 2022, pero no se celebró el proyectado referendo nacional, y tampoco los por el Congreso recomendados referendos locales, a la luz del acuerdo con las asociaciones nacionales.

En concreto, la reforma local fue aprobada por medio de la Ley 37(I)/2022, que entró en vigor el 30 de marzo de 2022, tras su publicación íntegra en el diario oficial de la República de Chipre. La reforma empezará a ser efectiva el 1 de junio de este año, tras las oportunas medidas transitorias y preparatorias, y tras la celebración de las próximas elecciones municipales previstas en esa fecha, que permitirán la constitución de los nuevos plenos y consejos locales, de acuerdo con la nueva planta local.

¹⁸ Recomendación 467 (2021), *Monitoring of the European Charter of Local Self-Government in Cyprus*, aprobada el 27 de octubre de 2021 (rapporteurs: Srs. Cools y Helgesen (CG (2021)41-04).

2.3.3. *Desarrollos forenses*

A diferencia de lo ocurrido en Francia y en Letonia, en el caso de Chipre no se entablaron recursos judiciales contra los planes gubernamentales.

3. *Conclusiones*

Como se ha visto en las líneas precedentes, el papel efectivo de la Carta en los procesos de reformas territoriales desarrollados en varios países europeos es muy relevante, pues aboga por la defensa del principio democrático y porque las autoridades nacionales escuchan y atienden la voz y la opinión de los entes territoriales afectados. Entre sus previsiones destaca su art. 5, que se aplica específicamente a esos procesos.

Ahora bien, la fuerza jurídica que ese precepto puede tener en los procesos judiciales que se han entablado por las entidades locales y regionales en los Estados en los que se han proyectado reformas legales está fuertemente limitado por la fuerza que los tratados internacionales tienen en el ordenamiento interno, por la tradición constitucional y, sobre todo, por su discutida claridad y precisión.

Aunque en general se considera por los tribunales nacionales de última instancia que este precepto carece de la precisión suficiente y por tanto del carácter “self-executing”, hay que tener en cuenta que la práctica judicial de los diferentes países puede deparar sorpresas positivas. En este sentido, el desarrollo forense posiblemente más destacado sea el producido en Suiza, donde el Tribunal Supremo Federal sostiene desde hace tiempo que la autonomía local debe entenderse a la luz de los parámetros definidos por la Constitución y la legislación federal (véase, por ejemplo, su sentencia 2c 885/2011).

Sin embargo, la sentencia BGE 142 I 216 de 3 de junio de 2016 puede haber introducido una innovación significativa en esta jurisprudencia. En general, los tribunales suizos son bastante reacios a anular iniciativas ciudadanas, sobre la base del reconocimiento de la eficacia de obligaciones internacionales la Confederación Helvética, pero ese fallo ha provocado precisamente ese resultado. En concreto, la sentencia resolvió un litigio relativo a una iniciativa popular que perseguía la fusión de diecisiete municipios de la zona de Locarno y Bellinzona (en el cantón del Tesino), pero que no había ido precedida de ninguna consulta previa a los ciudadanos afectados.

La propuesta fue anulada por las autoridades cantonales (Gran Consejo), tras lo cual esta decisión fue impugnada por los promotores de la iniciativa ante el Tribunal Supremo Federal, que confirmó la resolución administrativa cantonal por la que se anulaba la iniciativa, al considerar que la misma había vulnerado, entre otras cosas, el artículo 5 de la Carta.

Sin duda se trata de un importante desarrollo forense, que tal vez podría inspirar soluciones parejas y contribuir a hacer de la Carta el auténtico estándar europeo en estas materias.

Servizi sanitari, telemedicina e medicina di prossimità

ANNA ROMEO, VITTORIA BERLINGÒ

SOMMARIO: 1. Il sistema sanitario e le nuove sfide dell'innovazione – 2. La transizione digitale in sanità: la frontiera della telemedicina. – 3. I servizi di telemedicina e di medicina di prossimità quale strumento per un sistema sanitario euro-mediterraneo – 4. Conclusioni.

1. *Il sistema sanitario e le nuove sfide dell'innovazione.*

Un aspetto centrale che occupa la riflessione sul difficile tema della sanità e che sembra interessare sempre più gli Stati nazionali è quello legato ai servizi sanitari, alla telemedicina¹ e alla medicina di prossimità.

Da un lato, infatti, anche sulla spinta della recente pandemia, diversi Paesi hanno, in vario modo, avviato percorsi tesi a rimodellare i propri sistemi sanitari attraverso l'integrazione di politiche e strumenti sanitari digitali. Dall'altro, in una prospettiva di sanità pubblica e di organizzazione dei servizi, la medicina di prossimità² si configura come risposta strutturale a tre tendenze convergenti: l'invecchiamento della popolazione, l'aumento della cronicità e della multimorbilità, e la necessità di

¹ Il Decreto Ministero della Salute n. 77 del 23 maggio 2022 ha definito la telemedicina come “una modalità di erogazione di servizi e prestazioni assistenziali sanitarie sociosanitarie a rilevanza sanitaria a distanza, abilitata dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, e utilizzata da un professionista sanitario per fornire prestazioni sanitarie agli assistiti (telemedicina professionista sanitario-assistito) o servizi di consulenza e supporto ad altri professionisti sanitari (telemedicina professionista sanitario-professionista sanitario)”. La telemedicina è uno strumento che non riguarda solo il SSN, in quanto, caratterizzandosi per essere una modalità di erogazione della prestazione sanitaria, può essere utilizzata anche da strutture private, convenzionate e non, e da medici liberi professionisti non convenzionati.

² Con medicina di prossimità si intende un modello in cui l'assistenza sanitaria (e spesso anche socio-sanitaria) è più vicina alle persone, più accessibile, e capace di prendere in carico soprattutto cronicità e fragilità, riducendo accessi impropri in ospedale e disuguaglianze territoriali. In Italia il riferimento organizzativo/normativo è la riforma dell'assistenza territoriale collegata al DM 77/2022 e agli investimenti della Missione Salute del PNRR. L'obiettivo è rendere il territorio il luogo “normale” di gestione, lasciando all'ospedale l'acuzie e l'alta complessità.

ridurre disuguaglianze territoriali nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza (LEA). In tale paradigma, l'ospedale mantiene un ruolo centrale per l'acuzie e l'alta complessità, mentre la gestione ordinaria dei bisogni – soprattutto cronici e fragili – viene spostata e coordinata sul territorio, attraverso modelli di presa in carico e continuità assistenziale.

Nel contesto italiano, questo orientamento è stato formalizzato dal DM 23 maggio 2022, n. 77, che definisce “modelli e standard” per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel Servizio sanitario nazionale e ne disciplina i principali elementi strutturali, organizzativi e tecnologici. La riforma è inoltre inserita nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Missione 6)³, con obiettivi temporali che culminano nel 2026.

Si tratta di due aspetti intimamente connessi: la medicina di prossimità si completa, infatti, con il potenziamento delle cure domiciliari e con l'uso appropriato delle tecnologie (telemonitoraggio, televisita, teleconsulto⁴), intese non come semplice digitalizzazione, ma come strumenti per aumentare continuità, tempestività e aderenza ai percorsi di cura. In questa prospettiva, la “casa” diventa un setting clinico: la domiciliarità non è un'alternativa residuale, bensì un asse strategico per la gestione delle cronicità e per la riduzione di istituzionalizzazioni evitabili. La riforma territoriale, nella cornice ministeriale, include esplicitamente assistenza domiciliare e telemedicina tra gli ambiti qualificanti.

³ L'investimento PNRR M6C1 1.2.3 “Telemedicina per un migliore supporto ai pazienti cronici”, di cui AGENAS è soggetto attuatore quale tramite per il Ministero della Salute, è articolato in due sub-interventi, in base al DM del 1° aprile 2022: Piattaforma di Telemedicina; Servizi di Telemedicina. La Piattaforma Nazionale di Telemedicina mira a: colmare il divario tra le disparità territoriali; migliorare la qualità clinica e l'accessibilità ai servizi sanitari dei pazienti su tutto il territorio nazionale; favorire l'implementazione omogenea dei percorsi di telemedicina; facilitare la presa in carico acuta e cronica; favorire la deospedalizzazione e potenziare qualità e sicurezza delle cure di prossimità; dotare i professionisti sanitari di nuovi strumenti validati; facilitare la programmazione, il governo e lo sviluppo della sanità digitale; offrire maggiore integrazione tra i servizi sanitari regionali e le piattaforme nazionali attraverso soluzioni innovative, codifiche e standard terminologici condivisi a livello nazionale. La PNT, a supporto della governance dei processi di Telemedicina, si integra con i Servizi Minimi di Telemedicina (Televisita, Teleassistenza, Telemonitoraggio, Teleconsulto) previsti dal PNRR e attuati dalle Infrastrutture Regionali di Telemedicina.

⁴ È un servizio realizzato attraverso lo scambio di pareri medici, a distanza, tra due professionisti in relazione ad un caso specifico, in assenza del paziente interessato.

2. *La transizione digitale in sanità: la frontiera della telemedicina*

Il sistema sanitario italiano ha attraversato un periodo di profondo cambiamento, specie a seguito dello shock pandemico che ha avuto l'effetto di modificare le aspettative dei cittadini, richiedendo un sistema sanitario più efficiente e accessibile.

In questo contesto, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, come accennato, ha costituito una significativa occasione per riformare il settore sanitario, promuovendo l'innovazione e la digitalizzazione, con l'obiettivo di trasformare l'ecosistema sanitario attraverso investimenti strategici tesi a facilitare l'adozione di paradigmi di *Open Innovation* e modelli di collaborazione estesi e integrati.

Nel misurare la prontezza degli Stati membri a realizzare la transizione digitale e, dunque, migliorare la qualità delle cure nonché monitorare lo stato di salute della popolazione o, ancora, cooperare al benessere individuale con i fascicoli sanitari online (*electronic health records* EHR), il 28° Report dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, nella parte dedicata alla rivoluzione digitale dei sistemi sanitari, considera, per 26 paesi, quattro indicatori: *l'analytics readiness* che valuta se un servizio sanitario è capace di utilizzare dati sia per target primari come la cura sia per target secondari come ricerca e controllo della spesa; la *technology readiness* che osserva quanto un paese è pronto ad assorbire nuovi standard tecnologici; la *data readiness* che attiene alla gestione dei dati e alla sicurezza; e *lo human factor readiness* che comprende temi come la formazione del personale sul digitale, ma non solo. Ciascun indicatore ha alcuni sotto indicatori, puntualmente valutati.

Ecco, secondo il Report dell'OCSE, se l'Italia, essendo ritenuta più attenta degli altri Paesi al tema della sicurezza dei database, si situa tra i top 11 su 26 paesi censiti quanto ad accessibilità e trasparenza del fascicolo sanitario per il cittadino, essa, invece, non ottiene una valutazione positiva nell'accogliere l'innovazione, nel far dialogare banche dati (anche regionali) e nell'adottare *standard* tecnologici.

In particolare, il confronto con la Spagna – dove i Sistemi Sanitari Regionali, che fanno parte del Sistema Sanitario Nazionale, negli ultimi 15 anni hanno focalizzato l'attenzione sull'*e-health*, con alcune linee di azione condivise tra cui lo sviluppo di sistemi o servizi di telemedicina – la vede attardata, pur nell'ambito di una storia del diritto sanitario simile a quella italiana. Con andamento simile a quello osservato in Italia e in Francia, il perseguimento dei principi fondamentali del sistema sanitario

pubblico è stato accompagnato, in Spagna, da una politica di decentrazione della prestazione dei servizi sanitari e di conseguenza il trasferimento delle competenze in materia di salute alle comunità autonome.

E anche secondo l'OMS, il nostro Paese si trova in una situazione di 'stand by' per quanto riguarda l'adozione di politiche, piani d'azione o strategie per la formazione in sanità digitale. Ancora, mancano le partnership pubblico/privato, manca il governo dell'uso dei *big data* nel settore della sanità pubblica come anche privata.

Invero, ancor prima dello scoppio dell'evento pandemico, è stata già rilevata l'utilità della telemedicina nella gestione delle malattie croniche. Lo è soprattutto in un Paese, come l'Italia, in cui la popolazione senescente è in progressivo aumento, per poter garantire la continuità nelle cure in una visione di integrazione tra l'ospedale e la medicina territoriale. La telemedicina, infatti, comporta la trasmissione sicura di informazioni e dati di carattere medico nella forma di testi, suoni, immagini o altre forme necessarie per la prevenzione, la diagnosi, il trattamento e il successivo controllo dei pazienti.

Occorre, in realtà, riconoscere che molto è stato fatto.

In Italia, l'importanza e l'uso della tecnologia in ambito sanitario è, infatti, cresciuta nel tempo ed è in costante aumento come negli altri Paesi europei. Le iniziative di *E-health* sono promosse a livello statale e l'impiego attuale si concentra sul potenziamento dei servizi *online*, sull'implementazione del Nuovo Sistema Informativo Sanitario (NSIS – strumento di governance, monitoraggio e supervisione di tutti i livelli primari dei servizi sanitari), sulla digitalizzazione delle prescrizioni mediche e dei certificati, sull'uso della tessera sanitaria digitalizzata, di cartelle cliniche elettroniche (CCE), sull'utilizzo del Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE)⁵ e sullo sviluppo della telemedicina e della transizione digitale.

⁵ Il Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE), istituito sulla base di quanto previsto dall'articolo 12 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, è un punto unico di accesso che raccoglie dati e documenti digitali di tipo sanitario e socio-sanitario, generati da eventi clinici riguardanti l'assistito, riferiti a prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale – SSN e, a partire dal 19 maggio 2020, anche da strutture sanitarie private. Attraverso il FSE, il cittadino può tracciare e consultare tutta la storia della propria vita sanitaria, condividendola in maniera sicura ed efficiente con i professionisti della medicina. Il FSE è messo a disposizione dalle Regioni e dalle Province autonome, nel rispetto della normativa vigente in materia di protezione dei dati personali, con finalità di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione; studio e ricerca scientifica in campo medico, biomedico ed epidemiologico; programmazione sanitaria, verifica delle qualità delle cure e valutazione dell'assistenza

Proprio quest'ultimo aspetto ora citato è rilevante in una prospettiva di potenziamento degli strumenti di *digital health*⁶ e, soprattutto, in tema di prestazioni offerte ai cittadini.

Il settore *Health Care* rappresenta, infatti, uno dei pilastri fondamentali del benessere e dello sviluppo della nostra società. È un settore che include una vasta gamma di servizi e professioni, dall'assistenza sanitaria primaria alla medicina specialistica, dalla prevenzione delle malattie alla promozione della salute, fino alla gestione delle strutture sanitarie e della ricerca medica. Negli ultimi anni, il settore ha registrato una rapida evoluzione, soprattutto in ragione delle innovazioni tecnologiche e di una crescente attenzione alla personalizzazione delle cure. L'adozione di tecnologie digitali, come l'intelligenza artificiale (IA), la telemedicina e i big data, sta trasformando radicalmente le modalità di erogazione e gestione dei servizi sanitari, migliorando l'efficienza operativa, l'accuratezza diagnostica e l'esperienza complessiva del paziente.

Recentemente, la Commissione Europea ha annunciato la creazione dello *European Health Data Space* (EHDS)⁷, uno spazio di condivisione

sanitaria. Punto centrale del FSE è l'interoperabilità Nazionale: attraverso l'Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità (INI), il FSE consente, infatti, la consultazione dei dati su tutto il territorio nazionale, indipendentemente dalla regione di origine. La condivisione dei dati clinici è fattore significativo per permettere una migliore prevenzione e cura dei pazienti, assicurando continuità assistenziale, servizi innovativi e personalizzazione della cura su tutto il territorio nazionale.

⁶ L'ambito della *Digital Health*, punto d'incontro tra tecnologie digitali e il settore della salute personale, del benessere e dell'assistenza sanitaria, socio-sanitaria e sociale, secondo la definizione dell'OMS è "un termine ombrello che comprende l'*eHealth* (*mHealth*, dispositivi *wearables*, *telehealth* e telemedicina, oltre che medicina personalizzata e digitale, per citarne alcuni), così come le aree in via di sviluppo quali l'uso delle scienze informatiche avanzate (ad esempio, *big data*, genomica, Intelligenza Artificiale)"

⁷ Lo sviluppo dell'EHDS è, a tutti gli effetti, una priorità della Commissione Europea e costituisce il tassello fondamentale per abilitare un vero passaggio al digitale nel mondo della salute, offrendo servizi sanitari più efficienti ed efficaci e, allo stesso tempo, riducendo le disparità di accesso a cure di qualità. L'EHDS è altresì in linea con quanto indicato come obiettivo del *Work Programme* 2018-2021 dell'eHealth Network [3], che aveva indicato la necessità di concentrare gli sforzi su quattro aree fondamentali: 1) *empowerment* del paziente e del cittadino e loro coinvolgimento attivo nel percorso di cura; 2) innovare l'uso di dati sanitari per consentirne un'analisi su larga scala, a beneficio dell'intera collettività; 3) migliorare la continuità della cura, rendendo interoperabili i sistemi sanitari europei; 4) risolvere le sfide architetturali e organizzative per abilitare gli obiettivi indicati. L'iniziativa è sostenuta dalla "Joint Action for the European Health Data Space" (TEHDAS – Towards the European Health Data Space), creata nel 2021 con il contributo di 26 Paesi europei e orientata a supportare lo sviluppo dell'EHDS

dei dati sanitari a livello europeo e strumento di razionalizzazione delle cure per i cittadini, tanto più rilevante per il nostro Paese ove si consideri che, con riguardo all'accesso ai dati da parte dei cittadini, le infrastrutture disponibili sono ancora largamente insufficienti (si pensi solo, come accennato, al Fascicolo Sanitario Elettronico).

Si tratta di una direttrice importante che presenta, comunque, talune difficoltà. Si consideri, ad esempio, che la raccolta, l'accesso, la gestione, l'uso, il riuso e lo scambio di dati pongono importanti sfide sia da un punto di vista tecnologico (si pensi al tema dell'interoperabilità) sia in termini regolatori (si pensi al tema del consenso informato e dell'uso dei dati oltre i fini specificamente terapeutici), sfide che la Commissione europea ha inteso affrontare proprio per il tramite dello sviluppo di un nuovo ecosistema europeo dei dati.

La difficoltà di accesso ai propri dati sanitari è una barriera significativa per cittadini e pazienti in grado di rendere molto difficoltoso sia l'accesso a cure di qualità ovunque nel territorio nazionale e comunitario sia l'accesso a nuovi servizi sanitari digitali. Oltre agli svantaggi per cittadini e pazienti, queste difficoltà di accesso comportano anche duplicazione dei costi ed inefficienze nella gestione dell'offerta.

Infine, l'assenza di appropriati standard riduce l'interoperabilità fra servizi sanitari, rendendo più difficoltosa la continuità assistenziale che diventa tanto più importante rispetto al territorio isolano. La sanità digitale può, invero, essere d'aiuto nelle piccole isole, in cui è più difficile soddisfare la domanda di salute, dal momento che, com'è ovvio, la lontananza dalla terraferma rende problematici i trasporti e, quindi, l'emergenza, oltre alla scarsità in questi luoghi di investimenti strutturali e di risorse professionali in ragione del numero esiguo della popolazione.

3. I servizi di telemedicina e di medicina di prossimità quale strumento per un sistema sanitario euro-mediterraneo

Se, dunque, i servizi di telemedicina vanno assimilati a qualunque servizio sanitario diagnostico/ terapeutico, la prestazione in telemedicina⁸

attraverso la partecipazione di tutti gli stakeholder interessati al tema dell'uso e ri-uso dei dati, anche per identificare le *best practice* esistenti e sviluppare nuovi modelli condivisi per l'utilizzo secondario dei dati sanitari, inclusi modelli di *governance*, di interoperabilità, di coinvolgimento attivo dei cittadini.

⁸ Le Linee Guida hanno previsto quale condizione imprescindibile per usufruire dei

non sostituisce la prestazione sanitaria tradizionale nel rapporto personale medico-paziente, ma la integra per potenzialmente migliorare efficacia, efficienza e appropriatezza⁹.

Nei territori insulari la medicina di prossimità non è soltanto una riorganizzazione “di scala” dei servizi territoriali, ma una politica di garanzia dell’equità di accesso in condizioni di discontinuità geografica e logistica.

I contesti insulari (dalle grandi isole alle minori, come Lampedusa, Lipari, La Maddalena, Pantelleria) presentano vincoli che incidono direttamente sulla progettazione dei servizi: 1) distanza-tempo dai presidi di alta complessità (variabile con meteo e trasporti); 2) bassa massa critica per alcune specialità e per la diagnostica avanzata; 3) difficoltà di reclutamento e permanenza del personale sanitario (con rischio di isolamento professionale); 4) stagionalità della domanda (turismo) e aumento episodico dei bisogni; 5) maggiore rilevanza del continuum urgenza-cronicità:

servizi di telemedicina la valutazione dell’eleggibilità del paziente. Il medico deve valutare che il paziente sia idoneo dal punto di vista clinico, tecnologico, culturale e inoltre deve verificare che il paziente sia autonomo o quanto meno abbia la disponibilità di un caregiver. Essendo infatti la telemedicina un servizio da remoto, sono necessarie determinate capacità e dotazioni tecnologiche nonché condizioni cliniche compatibili per la prestazione; quindi, è necessario valutare se l’assistito sia «arruolabile» per questa tipologia di prestazioni. Affinché un assistito possa usufruire dei servizi di telemedicina deve risultare eleggibile sulla base di alcuni parametri (clinico; tecnologico; culturale; livello di autonomia o disponibilità di un caregiver). L’eleggibilità costituisce un giudizio insindacabile del medico, il quale deve valutare se, compatibilmente con le condizioni cliniche e con la dotazione tecnologica di cui il paziente dispone (ad es. smartphone con caratteristiche adeguate a supportare determinate app. necessarie per l’erogazione di tali servizi), a quest’ultimo possano essere proposti i servizi di telemedicina. A tal fine, il medico può anche effettuare un sopralluogo per verificare le caratteristiche fisiche, impiantistiche ed igieniche del domicilio del paziente.

⁹ Le prestazioni erogabili in telemedicina sono state individuate e definite nelle Linee Guida, le cui definizioni sono state poi riprese dal Decreto 77 e dal Decreto 3. In linea generale, le prestazioni di telemedicina costituiscono una integrazione e rafforzamento delle prestazioni sanitarie erogate in presenza, e non possono quindi essere erogate (né organizzate o implementate) autonomamente rispetto a queste ultime. Come previsto dalla Linee Guida, ognuna delle prestazioni erogate a distanza deve essere ricondotta al medesimo livello essenziale di assistenza (LEA) che ne contraddistingue l’erogazione anche nella speculare tradizionale attività sanitaria in presenza. Le diverse prestazioni di telemedicina, di competenza e responsabilità del personale sanitario, possono essere combinate tra loro ed altresì con altri tipi di prestazioni in presenza, nell’ambito di servizi sanitari incentrati su sistemi (moduli) di telemedicina. Esse devono essere progettate partendo dalle esigenze specifiche dei pazienti a distanza a cui ne è destinata l’esecuzione da remoto, analizzando anche le caratteristiche del territorio in cui la prestazione verrà effettuata una volta realizzato il relativo modulo di telemedicina. È evidente, dunque, come tali servizi devono essere dimensionati alla luce di analisi di contesto sociale, demografico e territoriale.

l'urgenza deve essere stabilizzata localmente, mentre la cronicità richiede follow-up regolare senza spostamenti ripetuti.

In ottica di *policy* e programmazione, il modello più coerente con l'insularità è una prossimità non autosufficiente, ma interconnessa: un assetto *hub-and-spoke* in cui il territorio insulare (spoke) eroga funzioni essenziali e continuità, mentre l'hub (ospedale di riferimento) garantisce alta complessità, con meccanismi di raccordo clinico-organizzativo.

Il DM 77/2022 offre un sistema utile anche per l'insularità: punti di accesso territoriali (es. *Casa della Comunità* come porta unica e luogo di integrazione); coordinamento dei percorsi tramite *Centrale Operativa Territoriale* (transizioni ospedale-territorio, attivazione domiciliarietà, follow-up); setting intermedio (*Ospedale di Comunità*) per evitare ricoveri acuti impropri e supportare dimissioni protette.

Nei territori insulari la telemedicina assume un ruolo "abilitante": consente di far viaggiare informazioni, non persone, riducendo trasferimenti, costi indiretti e rischi clinici legati a ritardi. In Sicilia, ad esempio, il *Progetto Trinacria*¹⁰ (e relativi atti regionali) ha descritto sistemi già presenti sulle isole minori (telecardiologia, reti POCT, integrazioni tra aziende sanitarie) e ha orientato l'innovazione soprattutto verso l'area dell'emergenza-urgenza e delle aree a difficile accesso.

In questa prospettiva, la telemedicina funziona solo se integrata in protocolli clinici (chi fa cosa); responsabilità chiare (presa in carico territoriale + consulenza specialistica hub) e, soprattutto interoperabilità dei dati (referti, immagini, parametri). Le operazioni di monitoraggio dei 'dati digitali' sanitari, necessarie in un'ottica di prevenzione da rischi e vulnerabilità, devono, infatti, essere assicurate a tutti gli 'isolati'.

Il che implica una 'messa in circolo' dei 'dati digitali' idonea a favorire una 'connessione' tra i sistemi sanitari dei rispettivi Paesi, che, nell'assicura-

¹⁰ Come evidenziato nell'Allegato 1 al D.A. n. 2145 del 8/11/2016, <<ogni Isola occupa una speciale nicchia, in una matrice multidimensionale di grandezza, distanza dalla terraferma, clima, popolazione, ricchezza e misura di isolamento culturale, sia che si tratti di una singola Isola, sia che faccia parte di un arcipelago. Le Isole Minori, per la loro peculiarità, pertanto, possono essere considerate quale laboratorio, anche per sperimentare nuovi modelli organizzativi assistenziali>>. In questa direzione <<Uno dei punti focali del progetto nazionale è l'adozione di modelli organizzativi che possano garantire l'appropriatezza delle prestazioni erogate, superando l'isolamento e favorendo l'integrazione fra i presidi di assistenza territoriale, la rete dell'emergenza, i medici di assistenza primaria, i pediatri e la specialistica ambulatoriale, migliorando la qualità e la quantità dei servizi sanitari erogati, anche tramite il supporto di Sistemi di Telemedicina>>

re, a sua volta, la certezza sulla continuità e l'armonizzazione degli standard di cura garantiti dalla tecnologia, consenta di riscattare i soggetti interessati dalla originaria condizione di 'isolamento' contribuendo a maturare il senso di appartenenza ad un comune sistema sanitario euro-mediterraneo che superi ogni tipo di barriera logistica, amministrativa e di sicurezza.

Tutto ciò però richiede un minimo di omogeneità tra i diversi ordinamenti interni, unitamente all'interoperabilità delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tra gli Stati membri.

Orbene, un nodo critico, tipico delle riforme organizzative complesse, è lo scarto potenziale tra realizzazione infrastrutturale (apertura/ adeguamento di sedi e strutture) e piena operatività clinico-assistenziale (dotazioni professionali, orari, integrazione dei percorsi, interoperabilità informativa). In questo senso, i monitoraggi periodici assumono rilevanza scientifica e gestionale perché permettono di distinguere *disponibilità formale* e *capacità effettiva* di erogazione.

I report di AGENAS sul monitoraggio del DM 77/2022 documentano l'avanzamento dell'attivazione di Case della Comunità, COT e Ospedali di Comunità, e includono approfondimenti su assistenza domiciliare integrata e cure palliative, evidenziando la necessità di un accompagnamento istituzionale (Regioni/PP.AA. e Ministero) per il completamento degli interventi programmati entro le scadenze PNRR.

Si comprende, dunque, come nei territori insulari la medicina di prossimità sia, in senso forte, una strategia di universalismo "adattivo": mantenendo gli standard nazionali (DM 77/2022), deve incorporare soluzioni di rete (hub-and-spoke), coordinamento (COT), setting intermedi (OdC) e un uso "clanicamente governato" della telemedicina, con investimenti e monitoraggio mirati alle specificità delle isole.

4. Conclusioni

I sistemi sanitari – in particolare, quello italiano – sembrano, dunque, doversi misurare con nuove sfide, in primo luogo quelle derivanti dalla digitalizzazione del settore le quali evidenziano, sul nascere, talune criticità.

A livello dei singoli Paesi, il grado di digitalizzazione della sanità non è, infatti, omogeneo, pur se – occorre dire – emergono alcune esperienze di Paesi, come la Spagna, che rappresentano buone pratiche per quanto riguarda la trasformazione della sanità digitale e che possono offrire spunti di riflessione importanti.

Certamente, i servizi sanitari cambiano significativamente da un Paese all'altro e possono avere variazioni regionali all'interno dello stesso, come ad esempio in Italia, in cui è possibile apprezzare differenze tra i servizi sanitari delle diverse regioni.

È altrettanto certo, però, che tutti i servizi sanitari, a prescindere dalla modalità di erogazione, organizzazione e finanziamento, sono chiamati ad affrontare in egual misura una serie di sfide emergenti: lo sviluppo delle tecnologie in medicina; i cambiamenti degli stili di vita della società contemporanea; le responsabilità dei servizi sanitari nel dare una risposta alla crescente aspettativa dei cittadini; i fattori controllabili di matrice non sanitaria, quali: lo stato finanziario, l'istruzione, lo standard di alfabetizzazione, le infrastrutture e la logistica della popolazione assistita.

In tale contesto, risulta fondamentale un approccio basato sul concetto di valore, che tenga conto di tutte le sfide presenti con un occhio alla sostenibilità e alla transizione digitale, nella consapevolezza che servizi sanitari caratterizzati da un'assistenza sanitaria di base (*primary care*) forte e ben strutturata presentano migliori risultati in termini di salute della popolazione che assistono, aumentata efficienza, migliore qualità dell'assistenza nonché aumentata soddisfazione da parte delle persone assistite.

Si tratta di compiere una rivoluzione nell'approccio al sistema sanitario che realizzi effettivamente la cosiddetta medicina delle 4P (prevenitiva, predittiva, personalizzata, partecipativa), anche tramite strumenti di engagement ed empowerment di cittadini e pazienti nei percorsi di prevenzione e cura.

Occorre, cioè, sviluppare un modello tale da consentire ai sistemi sanitari di evolvere definitivamente dal modello centrato sull'ospedale a modelli propriamente centrati sui cittadini e sui territori, in un'ottica non già di cura, ma di mantenimento dello stato di salute, tramite analisi del rischio e appropriate attività di prevenzione. In altri termini, la sfida che attende la sanità del futuro è quella di avviare e realizzare una vera e propria riforma settoriale, che ponga al centro la persona nella propria comunità di riferimento, puntando alla <<casa>> come primo luogo di cura e al potenziamento dell'assistenza di prossimità in tutte le sue forme. Una riforma e una riorganizzazione che non può prescindere dal potenziamento delle soluzioni digitali ma che deve avere certamente come punti fermi l'universalità del diritto alla salute e la sostenibilità del sistema nonché, sul piano politico, chiarezza, trasparenza ed efficacia delle decisioni.

El control de las situaciones de conflicto de intereses en la ejecución de actuaciones financiadas por el MRR*

LUIS MIGUEZ MACHO, ANDREA GARRIDO JUNCAL

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. 2.1. Objeto y finalidad de la Orden HFP/1030/2021. 2.2. La definición de conflicto de intereses del Reglamento Financiero de la Unión Europea y su desarrollo en la Orden HFP/1030/2021. 2.3. Las medidas relacionadas con la prevención de conflictos de intereses. 2.4. Las Declaraciones de ausencia de conflicto de intereses (DACI) como instrumento para garantizar el principio de imparcialidad. 3. La Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. 3.1. Objeto y finalidad de la Orden HFP/55/2023. 3.2. Las reticencias del Gobierno Vasco como muestra de malestar. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Para poder acogerse al Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR) de la Unión Europea, los Estados miembros deben presentar Planes nacionales de recuperación y resiliencia, en los que un aspecto esencial es el relativo a la protección de los intereses financieros de la Unión frente a cuatro riesgos específicos: el fraude, la corrupción, el conflicto de intereses y la doble financiación.

En el marco de este escenario, el Ministerio de Hacienda y Función Pública de España aprobó la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, imponiendo a toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de estos fondos la obligación de disponer de un Plan de medidas antifraude, así como que éstos cumplan una serie de requerimientos. Posteriormente, este mismo ministerio publicó la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, en la que se regula el procedimiento de análisis sistemático y automatizado del riesgo del conflicto de interés en los procedimien-

* Este trabajo se ha realizado en el marco de las actividades del grupo de investigación GI-1876 – Empresa e Administración – GRC ED431C 2023/29.

tos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, basándose en una herramienta informática de prospección de datos, con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El objetivo del presente trabajo es doble. En primer lugar, se hará alusión a los problemas que plantea trasladar conceptos y definiciones del ámbito de la Unión Europea, como el conflicto de intereses, a los Planes antifraude, pues no existe una correspondencia con las categorías que se emplean en el ordenamiento jurídico español. En línea con lo anterior, nuestro segundo cometido será debatir si las medidas adoptadas en España son adecuadas y proporcionadas para reducir el riesgo residual de fraude a un nivel aceptable o, por el contrario, hay un cierto margen de mejora. Asimismo, analizaremos las reticencias de alguna comunidad autónoma a someterse a este marco normativo diseñado por el Ministerio de Hacienda, al considerar que el Estado está invadiendo las competencias autonómicas cuando fija unilateralmente un sistema de fiscalización de los contratos y las subvenciones en la gestión de los fondos de la Unión Europea. En definitiva, se pondrá de manifiesto la importancia de la coordinación entre instituciones en el ámbito de la protección de los intereses de la Unión Europea.

2. *La Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*

2.1. *Objeto y finalidad de la Orden HFP/1030/2021*

El 30 de septiembre de 2021 se publicaba en el *Boletín Oficial del Estado* la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR). En esta orden de la ministra de Hacienda y Función Pública se concretan unas directrices con la intención de garantizar el cumplimiento coordinado de los requerimientos establecidos por la normativa de la Unión Europea para la ejecución del PRTR. Entre estas directrices se incluyen medidas tendentes a luchar contra el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, a respetar los límites establecidos en relación con las ayudas de Estado y la prevención de la doble financiación, y a identificar los perceptores finales de los fondos¹.

¹ Véanse los arts. 6, 7 y 8 de la Orden HFP/1030/2021.

De acuerdo con el art. 6 de la Orden HFP/1030/2021, se impone la obligación a toda entidad, decisora o ejecutora, que participe en la ejecución de las medidas del PRTR, de disponer de un Plan de medidas antifraude en un plazo inferior a noventa días. Atendiendo al gran número de requerimientos mínimos que deben acatar los planes de medidas antifraude y al escaso tiempo concedido, el Tribunal de Cuentas ha determinado que la consolidación de un verdadero sistema antifraude en nuestras Administraciones debe llevarse a cabo “paso a paso” y que demanda, tras la aprobación de Planes antifraude, un proceso posterior de revisión e interiorización².

En línea con el diagnóstico del supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del sector público, que entiende que los planes de medidas antifraude han supuesto un cambio de paradigma en el que ha adquirido una especial relevancia el control interno de las entidades, aunque todavía se puede seguir trabajando en la cultura de la integridad, parece necesario repensar la figura del conflicto de intereses.

El art. 6.2 de la Orden HFP/1030/2021 declara que “son de aplicación las definiciones de fraude, corrupción y conflicto de intereses contenidas en la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión (Directiva PIF), y en el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión (Reglamento Financiero de la UE)”.

2.2. La definición de conflicto de intereses del Reglamento Financiero de la UE y su desarrollo en la Orden HFP/1030/2021

Atendiendo al art. 61 del Reglamento Financiero de la Unión Europea, los conflictos de intereses se producen cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo directo o indirecto de interés personal.

En cuanto a la tipología de conflictos de intereses, debe subrayarse que, según el anexo III.C de la Orden HFP/1030/2021, es posible distinguir tres situaciones:

² Informe n.º 1545, de fiscalización de las medidas para la prevención, detección y corrección del fraude aprobadas por las entidades del sector público estatal en el marco del plan de recuperación, transformación y resiliencia: similitudes, diferencias, riesgos y oportunidades de mejora (<https://www.tcu.es/repositorio/b718c069-c854-4a20-b748-2b83d7734586/11545.pdf>). Última consulta: 22/5/2024).

- Conflicto de intereses aparente: se produce cuando los intereses privados de un empleado público o beneficiario son susceptibles de comprometer el ejercicio objetivo de sus funciones u obligaciones, pero finalmente no se encuentra un vínculo identificable e individual con aspectos concretos de la conducta, el comportamiento o las relaciones de la persona (o una repercusión en dichos aspectos). Un conflicto de intereses es meramente aparente cuando la persona no tiene un conflicto de intereses –ni real, ni potencial–, pero alguien podría llegar a concluir que sí lo tiene. En definitiva, un conflicto de interés es aparente cuando se resuelve simplemente ofreciendo toda la información necesaria para demostrar que no hay ningún conflicto de interés, ni real ni potencial. Un ejemplo lo encontraríamos en la adjudicación de un contrato público a una empresa cuyo representante legal tiene casualmente los mismos apellidos que el titular del órgano de contratación. Resulta, sin embargo, que estas personas no son hermanas ni tienen ninguna relación familiar. Un tercero podría pensar que hay una relación de parentesco al constatar la coincidencia de ambos apellidos, pero este conflicto de interés aparente se resolvería presentando la documentación que demuestra que no son familia³.

- Conflicto de intereses potencial: surge cuando un empleado público o beneficiario tiene intereses privados de tal naturaleza que podrían ser susceptibles de ocasionar un conflicto de intereses, en el caso de que tuvieran que asumir en un futuro determinadas responsabilidades. Un conflicto de interés es potencial si la persona tiene un interés particular que podría influir a la hora de hacer un juicio profesional desde la posición o cargo que ocupa, pero todavía no se encuentra en una situación en la cual tenga que llevar a cabo este discernimiento⁴. Un ejemplo sería el de un empleado público interviniente en el procedimiento de adjudicación del contrato que recibe una oferta de trabajo por parte de una de empresa que presenta una oferta.

La identificación de los conflictos de intereses potenciales es compleja porque no aluden a riesgos actuales, como en el conflicto de interés real, sino futuros. Se analiza la posibilidad de que en el futuro puedan surgir situaciones en las que los intereses personales sean susceptibles de interferir en aquellos juicios que la posición o cargo requiere. Tal análisis precisa de una perspectiva y una actitud anticipatorias que requieren de

³ *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, Oficina Anti-fraude de Cataluña – Parlamento de Cataluña, 2016, pág. 35.

⁴ *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, cit., pág. 34.

una formación específica o una experiencia previa que haya sensibilizado a la persona sobre estos peligros, predisponiéndola a atisbar riesgos⁵.

- Conflicto de intereses real: implica un conflicto entre el deber público y los intereses privados de un empleado público o que el empleado público tiene intereses personales que pueden influir de manera indebida en el desempeño de sus deberes y responsabilidades oficiales. En el caso de un beneficiario, implicaría un conflicto entre las obligaciones contraídas al solicitar la ayuda de los fondos y sus intereses privados, que pueden influir de manera indebida en el desempeño de las citadas obligaciones. Por eso, podríamos decir que los conflictos de intereses reales son riesgos actuales. Un ejemplo es el de un empleado público que ha sido nombrado miembro de una mesa de contratación pública y una de las empresas licitadoras que finalmente presenta una oferta es propiedad de su cónyuge⁶.

Siendo incuestionable que la comprensión de qué son los conflictos de intereses es fundamental para identificarlos y gestionarlos como establece la Orden HFP/1030/2021, resulta necesario hacer varias precisiones.

La primera es que los conflictos de intereses son situaciones de riesgo de corrupción, pero no constituyen en sí mismos actos de corrupción. Como señala F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, frente a las conductas que tradicionalmente se califican como corrupción y que se encuentran tipificadas en el Código Penal (soborno, cohecho, tráfico de influencias, etc.), cuya naturaleza jurídica exige la existencia de una acción en el sentido jurídico-penal, los conflictos de intereses no suponen necesariamente una conducta activa o pasiva, sino que se refieren a situaciones personales, profesionales o patrimoniales que plantean el riesgo de interferir en la toma de decisiones y contaminar la imprescindible objetividad del cargo público. Como consecuencia de lo anterior, los mecanismos jurídicos de lucha contra los conflictos de intereses tienen carácter esencialmente preventivo, frente a los instrumentos de lucha contra la corrupción tradicional, que son, en su mayoría, de naturaleza represiva⁷. Así se explica la obligación de abstenerse en algunos supuestos, de no realizar determinadas actividades privadas, etc.

⁵ L. BAENA GARCÍA, *Los conflictos de interés como riesgos para la integridad: dificultades y recomendaciones para su prevención en el sector público*, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 22, 2022, pág. 118.

⁶ *La gestión de los conflictos de interés en el sector público de Cataluña*, cit., pág. 34.

⁷ F. MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *El control parlamentario de los conflictos de intereses*, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 20, 2009, págs. 94-95.

De acuerdo con el *Manual de la OCDE sobre Integridad Pública*⁸, a la hora de acotar lo que son los conflictos de intereses existen dos opciones: se puede adoptar un enfoque descriptivo, que define el conflicto de intereses en términos generales, o uno prescriptivo, que define una serie de situaciones que se considera que entran en conflicto con los deberes públicos. Definir los conflictos de intereses desde un enfoque descriptivo resulta, en principio, la solución más sencilla para el legislador, pero impide muchas veces discernir las conductas tolerables de las reprobables y, en definitiva, no ayuda a identificarlos.

Como bien señala L. BAENA GARCÍA, si el conflicto de intereses real suscita no pocas dudas, los otros dos tipos de conflictos, el potencial y el aparente, en la práctica resultan difíciles de entender y de aplicar. Se trata de conceptos que acaban existiendo básicamente sobre el papel y que, sin una formación específica ni recordatorios por parte de las instituciones públicas, con frecuencia se ignoran o se infravaloran, lo que imposibilita una gestión preventiva adecuada⁹. A propósito de estas dos clases de conflictos, habría que discutir los pros y contras de su existencia y la consiguiente obligación de reaccionar ante su aparición. Puede servir como ejemplo paradigmático el requerimiento de ofrecer explicaciones cuando exista una coincidencia de apellidos entre licitador y empleado de la entidad licitante. En nuestra opinión, quizá se esté fomentando una forma de operar que parte de la desconfianza generalizada hacia aquellos que trabajan en las entidades públicas. Las personas que participan en la ejecución de un presupuesto actúan bajo la permanente sombra de la sospecha, lo que lleva a que se les multipliquen las cargas burocráticas, pese a estar demostrado que una mayor burocracia tampoco es la tabla de salvación contra las prácticas ilícitas.

2.3. Las medidas relacionadas con la prevención de conflictos de intereses

Conforme al apartado b) del art. 6.5 de la Orden HFP/1030/2021, el Plan de medidas antifraude deberá estructurar las medidas antifraude de manera proporcionada y en torno a los cuatro elementos clave del denominado «ciclo antifraude»: prevención, detección, corrección y persecución.

⁸ <https://www.oecd.org/publications/manual-de-la-ocde-sobre-integridad-publica-8a-2fac21-es.htm>. Última consulta: 22/5/2024.

⁹ «Los conflictos de interés como riesgos para la integridad: dificultades y recomendaciones para su prevención en el sector público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, cit., págs. 118-119.

Entre las medidas preventivas relacionadas con el conflicto de intereses, se mencionan cuatro en el anexo III.C de la Orden HFP/1030/2021.

- Comunicación e información al personal de la entidad sobre las distintas modalidades de conflicto de interés y de las formas de evitarlo.

- Cumplimentación de una declaración de ausencia de conflicto de intereses (DACI) por todos los intervinientes en los procedimientos de ejecución del PRTR. Esta obligación alcanza, en todo caso, al responsable del órgano de contratación o de concesión de una subvención, al personal que redacte los documentos de licitación, bases o convocatorias, a los expertos que evalúen las solicitudes, ofertas o propuestas y a los miembros de los comités de evaluación de éstas, así como a los miembros de los demás órganos colegiados del procedimiento. Igualmente, la cumplimentación de la DACI se impone a los beneficiarios que, dentro de los requisitos de concesión de la ayuda, deban llevar a cabo actividades que presenten un conflicto de intereses potencial.

- Comprobación de información a través de bases de datos de los registros mercantiles, bases de datos de organismos nacionales y de la Unión Europea, expedientes de los empleados (teniendo en cuenta las normas de protección de datos) o a través de la utilización de herramientas de prospección de datos o de puntuación de riesgos (ARACHNE).

- Aplicación estricta de la normativa interna (normativa estatal, autonómica o local) correspondiente, en particular, el artículo 53 del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, relativo a los principios éticos que deben respetar los empleados públicos, el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, relativo al deber abstención de las autoridades y el personal al servicio de las administraciones públicas, y la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

2.4. Las Declaraciones de ausencia de conflicto de intereses (DACI) como instrumento para garantizar el principio de imparcialidad

Para prevenir los conflictos de intereses, la Orden HFP/1030/2021 requiere firmar una DACI. A luz del modelo de DACI incluida en el anexo IV de esta Orden, se comprueba que quien suscribe este documento declara que está informado del art. 61.3 del Reglamento financiero de la Unión Europea, del art. 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público y del art. 23 de la Ley de régimen jurídico del sector público.

Una vez aclarado que el concepto y las tres categorías de conflictos de intereses del derecho de la Unión Europea no tienen una equivalencia exacta con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, falta por referirse a cinco aspectos:

- A diferencia de las declaraciones de bienes, la DACI tiene una naturaleza negativa, es decir, no se declara un listado completo de intereses, sino la ausencia de intereses en conflicto. Sin embargo, su utilidad no radica tanto en la declaración en sí misma, que en la práctica no implica sino una mera manifestación personal de no estar incurso en ninguna situación anómala, sino en el proceso que rodea al acto de la firma del documento. Antes de la firma, lo más apropiado sería informar correctamente a los interesados sobre aquellas situaciones que suponen un conflicto de intereses, concienciarlos sobre el riesgo que la aparición de dichas situaciones implica tanto para la buena marcha del procedimiento como para los propios empleados (posibles sanciones derivadas de la no revelación de un conflicto de intereses que posteriormente se demuestre existente), proporcionar guías que señalen los ámbitos de riesgos que deban considerarse en la supervisión de la gestión, etc.¹⁰.

- Los conflictos de intereses pueden aparecer en cualquier momento y, por tanto, también una vez firmada la DACI, existiendo en ese caso el deber de comunicarlo. Los conflictos de intereses cambian con el tiempo, de manera que podría darse la circunstancia de que, al comienzo del procedimiento de contratación, uno de los empleados públicos intervinientes no tuviera ningún conflicto de intereses, pero más adelante éste surgiese. Por ello, resulta crucial que se haga un seguimiento y se actualicen adecuadamente las DACI para que éstas se ajusten siempre a la realidad. Con este fin, se ha formulado la propuesta de establecer mecanismos internos como listas de control que permitan una evaluación permanente y periódica de las situaciones en las que se encuentre el personal que participa en el proceso de toma de decisiones¹¹.

- Si se demuestra que la DACI es falsa, ello acarreará consecuencias disciplinarias y penales. Las DACI no excusan a la entidad pública de una labor constante de investigación para detectar conflictos de intere-

¹⁰ P. IGLESIAS REY, *La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses*, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 22, 2022, pág. 79.

¹¹ P. IGLESIAS REY, *La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses*, cit., pág. 80.

ses y para comprobar la veracidad de aquéllas. Es esencial que se lleve a cabo un control continuo y que los declarantes conozcan la posibilidad de sanción si realizan declaraciones falsas¹².

- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha emitido una instrucción con el fin de exigir que en los pliegos de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de recuperación, transformación y resiliencia se incluya necesariamente la obligación de cumplimentación de la DACI por todas las personas que deban hacerlo, señalando que «tal obligación refuerza la exigencia imperativa del cumplimiento de tal obligación para el contratista una vez que se haya formalizado el contrato. Se recomienda que se prevean penalidades para el incumplimiento de esta obligación. También es posible configurarla como una obligación contractual esencial y calificarla como causa de resolución del contrato. En la medida en que la resolución del contrato puede aparejar un importante retraso y atendiendo al tipo de contratos de que estamos tratando, cuya ejecución puede tener que estar finalizada en un plazo limitado, la inclusión de una causa de resolución por esta causa se producirá únicamente en supuestos excepcionales en que tal retraso no suponga, desde este punto de vista, un perjuicio significativo para la entidad contratante»¹³.

- Se debe evitar por todos los medios que se cumplimenten de forma automática y apresurada los formularios para declarar bienes, derechos patrimoniales, obligaciones financieras, actividades o las DACI. Para que estos instrumentos consigan su objetivo preventivo, la cumplimentación no puede ser percibido como un mero trámite, sino que debe ir precedida de una reflexión rigurosa y sosegada para que resulte completa y veraz¹⁴. Debido a que es posible que los declarantes no tengan los conocimientos jurídicos suficientes para comprender la envergadura de lo que están firmando, ni tiempo tampoco para asistir a los cursos de formación sobre estos temas, son dignos de elogio los esfuerzos de la Oficina de

¹² P. IGLESIAS REY, *La necesaria implantación de los sistemas sólidos de integridad institucional y de gestión de conflictos de intereses*, cit., pág. 80.

¹³ Instrucción de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 23 de diciembre de 2021 sobre aspectos a incorporar en los expedientes y en los pliegos rectores de los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de recuperación, transformación y resiliencia (<https://www.hacienda.gob.es/DGPatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2021/2021-075instruccionprtr.pdf>. Última consulta: 22/5/2024).

¹⁴ L. BAENA GARCÍA, *Los conflictos de interés como riesgos para la integridad: dificultades y recomendaciones para su prevención en el sector público*, cit., pág. 123.

Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares (suprimida tras la aprobación de la Ley 2/2024, de 11 de abril, de creación del Registro de Transparencia y Control del Patrimonio y de las Actividades de los Cargos Públicos de las Illes Balears) por poner a disposición del público un simulador diseñado para ayudar a determinar si una persona se encuentra o puede encontrarse ante una situación de conflicto de intereses.

3. *La Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*

3.1. *Objeto y finalidad de la Orden HFP/55/2023*

La Orden HFP/55/2023, tal como señala su artículo 1.1, se ha dictado en aplicación de la disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2023, con el fin de dar cumplimiento a las previsiones de dicha disposición en relación con el análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, sobre la base de una herramienta informática de prospección de datos con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España (MINERVA).

Con el objeto de comprobar si lo declarado es veraz, y a través de la herramienta informática mencionada, se analizarán las posibles relaciones familiares o vinculaciones societarias, directas o indirectas en las que pueda haber un interés personal o económico susceptible de provocar un conflicto de intereses. A estos efectos, se considera que existe una vinculación societaria susceptible de generar un conflicto de intereses cuando ésta suponga una titularidad real, o una relación de vinculación de tipo administrador, directivo o pertenencia al consejo de administración de la empresa en cuestión.

Una vez realizado el cruce de datos, MINERVA ofrecerá el resultado del análisis de riesgo de conflicto de interés al responsable de la operación, al día siguiente, con tres posibles resultados, cuyo significado y efectos son:

- No se han detectado banderas rojas, lo que significa que no se ha detectado ninguna circunstancia que ponga de manifiesto la existencia de riesgo de conflicto de interés y, en consecuencia, el procedimiento puede seguir su curso.

- Se ha detectado una o varias banderas rojas. Teniendo en cuenta el análisis de riesgo de conflicto de interés realizado a través de MINERVA, esto implica que se han detectado circunstancias que ponen de manifiesto la existencia de riesgo de conflicto de interés. El resultado de MINERVA reflejará el NIF del decisor afectado y el NIF de su pareja de riesgo de conflicto de interés (licitador o solicitante). En este caso, el afectado podrá optar por abstenerse, de forma que el análisis de riesgo se volverá a llevar a cabo respecto de quien lo sustituya, o no abstenerse, porque no está conforme con el resultado arrojado por MINERVA. En este último escenario, corresponderá al superior jerárquico aceptar la participación en el procedimiento de la persona señalada con bandera roja u ordenar su abstención. En tanto no se dilucide la situación, no se podrá continuar con el procedimiento de contratación o concesión de subvenciones.

- Se ha detectado una o varias banderas negras. Esto significa que, teniendo en cuenta el análisis realizado a través de MINERVA, no se ha encontrado la titularidad real de la persona jurídica solicitante, circunstancia que impide el análisis del conflicto de interés. Este supuesto se puede dar de forma simultánea con cualquiera de los dos anteriores resultados. Las consecuencias en este escenario son que no se suspende forma automática del procedimiento en curso, pero, en todo caso y simultáneamente, se habilita a los órganos de contratación o a los órganos de concesión de subvenciones a solicitar a los participantes en los procedimientos la información de su titularidad real. Esta información deberá aportarse al órgano de contratación o de concesión de subvenciones en el plazo de cinco días hábiles desde que se formule la solicitud de información, constituyendo la falta de entrega motivo de exclusión del procedimiento en el que se esté participando. Cuando se reciban los datos de los titulares reales, el responsable de operación procederá a realizar, a través de MINERVA, un nuevo control del riesgo de conflicto de intereses, indicando, en lugar del licitador o solicitante, los titulares reales identificados por los órganos de contratación o concesión de subvenciones.

Expuesto el funcionamiento de MINERVA en sus líneas generales, hay que advertir que ha funcionado incorrectamente, circunstancia que ha generado bastante malestar, pues las administraciones afectadas debían ejecutar un presupuesto en un plazo y se veían imposibilitadas porque el sistema no funcionaba y no les ofrecían ninguna solución¹⁵.

¹⁵ Véase el documento *Preguntas y Respuestas del Seminario: Plataforma CoFFEE, MINERVA y Aplicación de la Orden HFP/55/2023 del PRTR*, Federación Española de

3.2. Las reticencias del Gobierno Vasco como muestra de malestar

El 14 de marzo de 2023 el Gobierno Vasco anunció su decisión de acudir al Tribunal Constitucional, al considerar que el Estado estaba invadiendo sus competencias, al establecer unilateralmente el sistema de fiscalización de los contratos y las subvenciones en la gestión de los fondos europeos¹⁶. Desde su punto de vista, el Estado se estaría inmiscuyendo en las funciones de ejecución del Gobierno Vasco.

Tras dicho anuncio, que dio lugar a la presentación por el Gobierno Vasco del conflicto positivo de competencias núm. 3464/2023 contra la Orden HFP/55/2023, se abrió un proceso negociador entre ambas administraciones, el cual concluyó con un acuerdo en la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 20 de septiembre de 2023, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de octubre de 2023. En virtud de este acuerdo, el Estado se comprometió a que el procedimiento de utilización de la herramienta MINERVA desarrollado en la Orden HFP/55/2023 se acompañará de la suscripción de un convenio entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco mediante el que se establezcan las condiciones para que pueda operar la herramienta informática en dicha comunidad autónoma. Por su parte, ésta se comprometió a desistir del conflicto positivo de competencias planteado ante el Tribunal Constitucional.

El convenio en cuestión se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* de 16 de mayo de 2024, por Resolución de la Secretaría General de Fondos Europeos de 13 de mayo de 2024. Desde nuestro punto de vista, ésta debería haber sido la forma de proceder del Estado en relación con todas las comunidades autónomas, pues la protección de los intereses de la Unión Europea no puede ser la excusa para ignorar las facultades de aquéllas, que también alcanzan al desarrollo y ejecución del derecho de la Unión en sus propios ámbitos territoriales y competenciales.

Municipios y Provincias, 19/5/2023 (<https://femp-fondos-europa.es/documentos/preguntas-y-respuestas-del-seminario-plataforma-coffee-minerva-y-aplicacion-de-la-orden-hfp-55-2023-del-prtr/>). Última consulta: 22/5/2024).

¹⁶ <https://www.noticiasdealava.eus/politica/2023/03/14/gobierno-vasco-lleva-tribunal-constitucional-6563366.html>. Última consulta: 22/5/2024.

4. Conclusiones

Del análisis realizado se concluye, en primer lugar, que la urgencia y la rapidez con la que hay que ejecutar los fondos de la Unión Europea no debería eximir a las autoridades nacionales de trabajar por inculcar en el ámbito interno una verdadera cultura de la integridad, que no se quede en la mera cumplimentación formal de requisitos burocráticos. Para ello, resulta fundamental proporcionar una descripción clara y realista de las circunstancias y relaciones que pueden conllevar una situación de conflicto de intereses, y abandonar la senda de superponer instrumentos de prevención de manera indiscriminada.

En particular, la firma de las DACI se ha asumido como una obligación formal más, con desconocimiento de cuál es su razón de ser, que no es otra que propiciar la eficacia gestora de la administración y, al mismo tiempo, garantizar su control. Esta percepción se recoge en el Informe núm. 1515 del Tribunal de Cuentas, de fiscalización sobre las medidas adoptadas en el ámbito autonómico para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, cuando señala que «un proceso de autoevaluación diseñado para ayudar a las entidades ejecutoras a cumplir los principios de gestión del PRTR, pero que, sin embargo, ha sido acometido, fundamentalmente, para dar cumplimiento a la normativa. El proceso de autoevaluación recogido en la Orden 1030/2021 para garantizar el estándar mínimo de cumplimiento de los principios de gestión del PRTR no se acometió a través de un proceso dirigido, ordenado, coherente y comparable, encaminado a identificar y corregir los riesgos de gestión, sino que consistió en un esfuerzo principalmente formal, encaminado a cumplir con las obligaciones impuestas por la citada norma. En la mayoría de CCAA las entidades ejecutoras realizaron este proceso de autoevaluación de manera paralela e independiente entre sí, siendo el Principado de Asturias, Cataluña y Extremadura las únicas CCAA en las que se llevó a cabo una coordinación específica en esta materia, encaminada a que la cumplimentación de los test se realizara a través de un procedimiento ordenado»¹⁷.

Finalmente, en el caso de instrumentos como MINERVA, es preciso tener en cuenta que la Administración General del Estado puede poner a

¹⁷ Informe núm. 1515 de fiscalización sobre las medidas adoptadas en el ámbito autonómico para la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, <https://www.tcu.es/repositorio/766511bf-6aa5-4022-9e31-fc022f42fd38/I1515.pdf>. Última consulta: 22/5/2024.

disposición de las comunidades autónomas aplicativos para la realización del análisis sistemático y automatizado del riesgo de conflicto de intereses de los empleados y cargos públicos de aquéllas, pero debería hacerlo mediante la firma del correspondiente convenio, para respetar el ámbito competencial de autoorganización que tienen reconocido.

L'evoluzione digitale della funzione appalti in sanità e la gestione del rischio per la qualità e l'innovazione^ù

SILVIA PONZIO, GLORIA SDANGANELLI

SOMMARIO: 1. Le strategie di aggregazione e digitalizzazione della funzione appalti in sanità – 2. Le innovazioni nei modelli e strumenti contrattuali per la qualità nel ciclo di vita digitale dell'appalto – 3. I contratti pubblici per l'assicurazione del rischio clinico – 4. Le criticità dell'intermediazione assicurativa in sanità

1. *Le strategie di aggregazione e digitalizzazione della funzione appalti in sanità*

Dall'entrata in vigore delle Direttive europee in materia di contratti pubblici¹, fino all'esperienza pandemica si è assistito ad una evoluzione della “funzione appalti” in sanità, oggi resa ancor più evidente con la transizione digitale e la prospettiva di nuove piattaforme di intermediazione tra la domanda di innovazione e il mercato degli operatori economici². Un'esigenza

* L'articolo costituisce l'esito di riflessioni comuni, tuttavia i paragrafi 1 e 2 sono di Silvia Ponzio e i paragrafi 3 e 4 sono di Gloria Sdanganelli.

¹ Direttiva 23/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Direttiva 24/2014/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 25/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE.

² Di recente: Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 marzo 2025, COM(2025) 102 final, 2025/0102(COD), che istituisce un quadro volto a rafforzare la disponibilità e la sicurezza dell'approvvigionamento di medicinali critici, nonché la disponibilità e l'accessibilità dei medicinali di interesse comune, e che modifica il regolamento (UE) 2024/795, Strasburgo; Commissione UE, *Study on best practices in the public procurement of medicines*, 2022. G. M. RACCA, C. R. YUKINS, *Emergency Procurement and Corruption*, in S. WILLIAMS, J. TILLIPMAN (eds. by), *Routledge Handbook of Public Procurement Corruption*, Routledge International Handbook, London, UK, 2024, 76-93.

avvertita anche a livello internazionale, ove si è rilevato come la trasformazione digitale non possa prescindere dalla definizione, da parte degli erogatori dei servizi sanitari, di specifiche tecniche e *standard* basati sui dati e sull'utilizzo di nuove tecnologie sanitarie per assicurare l'efficienza e la qualità degli acquisti e delle prestazioni, presupposto dell'effettività del diritto alla salute³.

L'obiettivo di riorganizzazione della domanda pubblica, non solo nel settore sanitario, è richiesto in quanto i contratti pubblici rappresentano una rilevante porzione del PIL dell'Unione Europea: le amministrazioni pubbliche spendono ogni anno circa 2000 miliardi di euro (circa il 14% del PIL)⁴ per acquistare prodotti e servizi⁵. Per alcuni prodotti, lavori e servizi, l'impatto può risultare particolarmente significativo, ad esempio in settori quali le costruzioni, i trasporti e, come anticipato, l'assistenza sanitaria⁶.

Tuttavia, si è evidenziato come la competitività degli appalti pubblici nell'UE abbia registrato un declino nell'ultimo decennio, e ciò specialmente nel settore sanitario⁷. Si è notata una contrazione degli strumenti

³ Come evidenziato di recente da: WORLD ECONOMIC FORUM, *Transforming Healthcare: Navigating Digital Health with a Value-Driven Approach*, January 2024, spec. 45. G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enciclopedia del Diritto (I tematici)*, Giuffrè, Milano, 2022, 995 ss.; M.A. SANDULLI, *La sanità*, in *federalismi.it*, 30 luglio 2025, p. 2 ss.

⁴ Commissione UE, *Study on the measurement of cross-border penetration in the EU public procurement market*, marzo 2021; più di recente: Commissione UE, *Appalti pubblici: uno spazio di dati per migliorare la spesa pubblica, promuovere l'elaborazione delle politiche basata sui dati e migliorare l'accesso delle PMI alle gare d'appalto*, cit. Si v. G.M. RACCA, *La trasformazione digitale sovranazionale dei contratti pubblici*, in A. CORRADO, E. GRIGLIO, G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici. Manuale delle nuove procedure telematiche. Piattaforme, fiducia e innovazione*, Dike Giuridica, Napoli, 2025, 7 ss.

⁵ Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Una nuova agenda europea per l'innovazione*, Strasburgo, 5.7.2022, COM(2022) 332 final, spec. 9. Gli appalti pubblici si affermano quindi come strumento necessario per una nuova politica industriale: G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, 2017, 171 ss. Si veda: A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'agenda 2030 in Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), Bologna, 2021.

⁶ L'impatto degli appalti pubblici può essere misurato anche nel raggiungimento di obiettivi sociali: Commissione UE, *Acquisti sociali – Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2021/C 237/01. A. PIOGGIA, *Il potere pubblico e il suo diritto nella regolazione dei farmaci: storia di un arretramento verso una regolazione senza diritti*, in *Dir. pubb.*, n. 3/2021, 961 ss.

⁷ Corte dei conti Europea, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 – 2021*, 2023.

di acquisto per promuovere competitività e apertura del mercato europeo, richiamando la necessità di miglioramenti nel monitoraggio dell'intero ciclo del contratto pubblico e, in particolare, della fase di esecuzione del contratto e nell'analisi dei dati. L'obiettivo è di promuovere politiche pubbliche più efficienti e stimolare l'innovazione nel mercato europeo, a beneficio di cittadini e imprese, anche nella prospettiva dell'imminente riforma delle Direttive europee in materia⁸.

L'innovazione non sembra ancora un obiettivo raggiunto, nonostante sia da tempo un elemento centrale dell'agenda europea e nazionale⁹: i contratti pubblici non vengono adeguatamente utilizzati come strumento strategico e “*mission oriented*”¹⁰,

Di rilievo è il dato per cui “*i servizi sanitari [...] registrano tassi di offerte uniche superiori ed in crescita*” (p. 23). Si veda anche: Commissione UE, *Risposte della Commissione europea alla relazione speciale della Corte dei Conti europea*, 2023, in cui sono riportate le iniziative promosse dalla Commissione europea per promuovere obiettivi strategici tramite gli appalti pubblici, consentendo un accesso più agevole delle PMI agli appalti e promuovendo l'innovazione. Cfr. con le conclusioni adottate dal Consiglio UE relative al rapporto della Corte dei Conti (Council Conclusions on the European Court of Auditors' Special Report Nr 28/2023: Public Procurement in the EU: Less Competition for Contracts Awarded for Works, Goods, and Services in the 10 Years up to 2021 – Approval, Brussels, 24 May 2024), che sottolineano l'importanza di sforzi congiunti per promuovere gli investimenti pubblici in innovazione, sicurezza degli approvvigionamenti e transizione verso un'economia circolare e socialmente responsabile, evidenziando pure che l'applicazione delle norme sugli appalti pubblici e il potenziamento della concorrenza sono responsabilità condivise tra la Commissione e gli Stati membri.

⁸ G.M. RACCA, S. PONZIO, *Prossime sfide per la riforma dei contratti pubblici in Europa: digitalizzazione e cooperazione*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2024, 1 ss. Più in generale, sulle prospettive di innovazione e concorrenza: Report realizzato per la Commissione UE da M. DRAGHI “*The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*”. Si v. il parere del Comitato economico e sociale europeo adottato il 25 febbraio 2025, *Valutazione dei rapporti Letta e Draghi sul funzionamento e la competitività del mercato unico dell'UE*. Cfr. Parlamento europeo, *Appalti pubblici, Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 sugli appalti pubblici* (2024/2103(INI)).

⁹ Si veda: Commissione UE, *Appalti pubblici efficienti in Europa e per l'Europa*, 3.10.2017, COM(2017) 572 final, che definisce una strategia per gli appalti pubblici e identifica il quadro strategico generale e chiare priorità. Cfr. Conclusioni del Consiglio UE del 30.11.2020, *Investimenti pubblici mediante appalti pubblici: ripresa sostenibile e rilancio di un'economia dell'UE resiliente* – 2020/C 412 I/01. Si richiama anche G. BUSIA, *La sfida della digitalizzazione nel settore dei contratti pubblici: vantaggi e prospettive*, in B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, Giappichelli, Torino, 2024, 1 ss.

¹⁰ M. MAZZUCATO, DAN WAINWRIGHT, *Mission-led procurement and market-shaping: Lessons from Camden Council*, IIPP Policy Report No. 2024/06. Disponibile a: <https://www.ucl.ac.uk/bartlett/public-purpose/policy-report-2024-06>. Il Report esplora il ruolo

mancando così di favorire una crescita economica e sociale più incisiva¹¹.

Efficienza e innovazione rappresentano i presupposti per l'evoluzione della funzione appalti, nella nuova dimensione digitale. Con riferimento ai contratti pubblici in sanità, l'innovazione può essere promossa anzitutto attraverso la riorganizzazione e l'aggregazione della domanda pubblica per favorire lo sviluppo delle capacità e professionalità dei "Big Buyer" pubblici (chi compra)¹². Capacità che, in ragione della accresciuta complessità della funzione appalti non possono essere proprie di ogni singola struttura ospedaliera.

Talune esperienze europee di acquisto congiunto dei vaccini, attuate con il modello del cosiddetto *Joint Procurement Agreement* (JPA)¹³ e con

strategico degli appalti pubblici nel promuovere obiettivi sociali attraverso la realizzazione di un Community Wealth Fund a Camden, Londra, utilizzando un approccio di Mission-oriented Procurement (MOP) per finanziare progetti sostenibili e coinvolgere attivamente la comunità nella governance decisionale.

¹¹ Si veda: Corte dei conti Europea, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 – 2021*, cit., spec. 53, ove si evidenzia come "la promozione degli appalti strategici, volta ad incoraggiare una maggiore attenzione agli aspetti ambientali, sociali ed innovativi, ha avuto un impatto nel complesso modesto, dato che la quota delle procedure che utilizzano criteri di aggiudicazione diversi dal prezzo è molto limitata, nonostante la riforma del 2014". P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (2017), *The relevance of promoting collaborative and joint cross-border public procurement for buying innovative solutions*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (eds.), *Joint Public procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection* (eds.), Bruxelles, Bruylant, 2019, 133 – 169. Così anche: Corte dei Conti Europea, *Relazione speciale Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011 – 2021*, cit., spec. 5. Si richiama anche Consultazione della Commissione europea per la riforma delle Direttive europee sugli appalti pubblici, chiusa il 7 marzo 2025 (Ref. Ares(2024)8928678); una seconda consultazione pubblica si è chiusa il 26 gennaio 2026. Sugli esiti: Commissione UE, *Executive Summary of the Evaluation of the Public Procurement Directives. Staff Working Document – Evaluation of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities*, Brussels, 14 October 2025, SWD(2025) 333 final, 1 ss.

¹² Si veda il progetto promosso dal 2023 dalla DG Grow, Commissione Europea "Big Buyers Working Together" (BBWT) per promuovere la collaborazione tra acquirenti pubblici e l'uso della contrattazione pubblica strategica, attualmente nella terza edizione che istituirà dieci Comunità di Pratica, di cui due dedicate all'ambito sanitario, e un terzo gruppo sulle centrali di committenza.

¹³ UE, *Joint Procurement Agreement to Procure Medical Countermeasures*, disponibile online. G. SDANGANELLI, *Il modello europeo degli acquisti congiunti nella gestione degli eventi rischiosi per la salute pubblica*, in DPCE online, n. 2/2020, 2323 ss.

l'istituzione di una nuova Direzione Generale della Commissione europea (*Autorità per la preparazione e la risposta alle emergenze sanitarie*, “HERA”) hanno posto in evidenza talune criticità, come l'inadeguatezza dei piani pandemici, la mancanza di scorte di dispositivi di protezione individuale e di altri presidi essenziali con difficoltà di approvvigionamento, ovvero per l'interruzione delle catene di produzione e distribuzione.

Occorre sviluppare di forme di cooperazione e acquisto congiunto di presidi sanitari essenziali a condizioni contrattuali adeguate a garantire il diritto alla salute dei cittadini e la sicurezza delle catene di approvvigionamento europee anche rispetto a sfide attuali, come la vulnerabilità della *supply-chain*.

Infatti, se combinati con strumenti contrattuali innovativi come gli accordi quadro, e con i nuovi strumenti di intelligenza artificiale e le piattaforme digitali, gli acquisti congiunti di dispositivi e presidi medici permettono di aggregare e rafforzare il potere di acquisto dei *Big Buyer* della sanità pubblica, a fronte di un mercato particolarmente concentrato, assicurando efficienza e protezione del bisogno di salute.

Si tratta di promuovere un modello nuovo di aggregazione della domanda, tramite centrali di acquisto specializzate a livello nazionale ed europeo e di forme di cooperazione amministrativa tra le stesse per ottimizzare l'acquisto di innovazione, ad esempio, di dispositivi medici e farmaci, assicurando la sostenibilità (finanziaria) senza compromettere la qualità delle prestazioni sanitarie (assistenza e cura)¹⁴. La specializzazione, piuttosto che la competizione tra centrali di committenza, nell'esercizio della funzione appalti assicura l'incremento delle capacità professionali e della qualità di contratti e servizi pubblici anche grazie alle nuove tecnologie e dall'elaborazione dei dati, con modelli cooperativi che possono svilupparsi a livello nazionale (ed europeo) superando duplicazioni e sovrapposizioni di gare su medesimi prodotti e servizi destinati ad amministrazioni omologhe, come già ampiamente sperimentato in altri ordinamenti.

Si tratta di sostenere l'evoluzione dei modelli organizzativi di “chi compra”. Centrali di acquisto che svolgono la funzione appalti per le altre amministrazioni pubbliche, superando la tradizionale coincidenza tra acquirente e destinatario della prestazione, con la necessaria attivazione di sistemi di qualificazione e aggregazione professionale della domanda, come previsto in Italia dal nuovo codice dei contratti pubblici¹⁵.

¹⁴ Commissione UE, *Public procurement in healthcare systems*, 2021.

¹⁵ Sul tema: G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei con-*

La corretta gestione degli acquisti in sanità – presupposto dell’effettività del diritto alla salute – non può prescindere da una accurata conoscenza del mercato di riferimento, che solo acquirenti pubblici specializzati e qualificati possono assicurare valorizzando le diverse competenze professionali mediante l’analisi dati.

Analisi dati che assicura l’integrità della funzione evidenziando anomalie e deviazioni contribuendo all’efficienza (e all’innovazione) con l’individuazione delle caratteristiche dei mercati di riferimento e la corretta definizione del fabbisogno delle amministrazioni pubbliche. Elementi, questi ultimi, utili alla definizione di strategie di gara volte al perseguimento dell’interesse pubblico, che permettono l’utilizzo strategico del potere d’acquisto pubblico nei rapporti con il mercato sanitario, riconosciuto, peraltro, come settore prioritario in Europa, a fianco dell’industria a zero emissioni nette, dell’industria digitale e dei settori aerospaziale e della difesa¹⁶. Un approccio strategico nell’approvvigionamento di beni e servizi di elevata qualità per una crescita inclusiva e circolare che consenta dunque di superare la tradizionale logica limitata al semplice controllo dei costi (innescata dalle ripetute crisi finanziarie dello scorso decennio).

2. *Le innovazioni nei modelli e strumenti contrattuali per la qualità nel ciclo di vita digitale dell’appalto*

L’evoluzione della funzione appalti evidenzia anche un cambiamento nell’oggetto del contratto (“cosa si compra”) e nelle modalità di acquisto (“come si compra”), ponendo obiettivi strategici da perseguire anche mediante gli appalti di innovazione, evidenziandone i benefici sia per l’acquirente (ad esempio, ospedali o amministrazioni sanitarie), sia per gli utenti finali (i pazienti e anche i professionisti sanitari) sia per la collettività, con attenzione al “valore” dell’acquisto e alla capacità di ridurre l’impatto sul

tratti pubblici, in *Dir. Amm.*, n. 4/2023, 723 ss.; si veda inoltre: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l’attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022 e il successivo volume: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024.

¹⁶ Commissione UE, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso un’Europa più resiliente, competitiva e sostenibile*, Bruxelles, 27.9.2023, COM(2023) 558 final.

consumo di risorse naturali: si acquista un bene con il diritto al riuso, alla riparazione e al riciclo nella logica dell'economia circolare¹⁷.

Una prospettiva strategica che taluno vorrebbe orientare alla valutazione del “valore” dell'innovazione (c.d. *Value Based Approach*)¹⁸ sia nel ciclo di vita digitale (come si compra) sia nell'oggetto dell'appalto, per garantire la qualità e l'appropriatezza delle cure (cosa si compra)¹⁹. L'evoluzione della funzione appalti verso “sistemi di gare” e i modelli cooperativi pubblico – pubblico consentono una migliore organizzazione della domanda di beni e servizi sanitari in termini di definizione dell'oggetto del contratto, degli elementi di valutazione delle offerte e delle clausole di esecuzione²⁰.

Il *Value-Based Procurement*, metodo innovativo di acquisto basato sul valore clinico/terapeutico dei prodotti e servizi in sanità²¹, permette di coniugare l'obiettivo di fornire la qualità “misurabile” nell'assistenza sanitaria, con il miglioramento della salute dei pazienti e benefici per la collettività, in una visione “olistica”. Un approccio basato, appunto, sul “valore”, che supera la sua definizione tradizionalmente concentrata sul rapporto tra i risultati ottenuti e i costi sostenuti per raggiungerli, ponendo l'accento principalmente sul prezzo²² per un risparmio a breve termine, e che sposta l'attenzione verso l'efficienza a lungo termine del sistema sanitario, da realizzarsi tramite la collaborazione di *stakeholders* e fornitori, in grado di identificare le opportunità di sviluppo di prodotti e servizi più innovativi e sostenibili anche dal punto di vista dell'impatto sociale²³.

Per esempio, l'Hospices Civils de Lyon, membro della “*Coopérative*

¹⁷ Si v. W.A. JANSSEN, *The Coherence of Public Procurement Legislation in the European Union*, Research Report for the EU Commission, July 2025. M. DEMICHELIS, *Innovative perspectives in public procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2025, 1 ss.

¹⁸ Commissione UE, *Defining value in 'value-based healthcare'*, 2019.

¹⁹ Commissione UE, *Orientamenti in materia di appalti per l'innovazione*, 2021.

²⁰ G. M. RACCA, S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO–P. VALCARCEL FERNANDEZ (eds.) *Compra Pública Agregada*, 2016, 373 ss.; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, cit.

²¹ Expert Panel on Effective Ways of Investing in Health, *Opinion on Defining value in "value-based healthcare"*, adopted at its 16th plenary on 26 June 2019, after a public hearing on 4 June 2019.

²² G. PRADA, *Value-based procurement: Canada's healthcare imperative*, *Healthcare Management Forum*, n. 4/2016, 162 – 164. Si v. S. PONZIO, *Centrales d'achat et cadres-cadres: enjeux actuels*, in *Ius Publicum*, n. 1/2023.

²³ F. MILLER, P. LEHOUX, S. PEACOCK, V. E. RAC, J. NEUKOMM, C. BARG, J. BYTAUTAS, M. KRAHN, *How Procurement Judges The value of Medical Technologies: A Review of Healthcare Tenders*, *International Journal of Technology Assessment in healthcare*, 2019, 50 ss.

des acheteurs hospitaliers” francese (UniHA) ha applicato tale metodologia di approvvigionamento per promuovere una soluzione per la gestione peri-operatoria dei pazienti (prevenzione dell’ipotermia perioperatoria). Il “valore aggiunto” in termini di soluzioni innovative e per i criteri di aggiudicazione è stato quello di prendere in considerazione il grado di soddisfazione delle esigenze dei pazienti, dell’ospedale e quindi, potenzialmente, della qualità dell’assistenza sanitaria per la collettività²⁴.

Vale considerare come il rilievo assegnato alla *performance* quale metodo di remunerazione dell’operatore economico possa favorire la diffusione di modelli contrattuali, determinando una concentrazione di mercato verso fornitori di beni e servizi integrati, riducendo così il controllo pubblico sulla qualità del prodotto o servizio acquistato sia sugli *standard* professionali delle risorse sanitarie impiegate. Un esempio è rappresentato dal sistema sanitario belga, dove, con l’obiettivo di migliorare in modo sostenibile la qualità delle prestazioni in rapporto ai costi, nell’ambito della riforma del finanziamento ospedaliero è stata introdotta, nel 2018, una misurazione standardizzata degli esiti e la transizione verso sistemi di remunerazione basati sui risultati, attraverso modelli di *Pay-for-Performance* monitorati digitalmente²⁵. Tale sistema, prevedendo incentivi economici per gli ospedali che conseguono specifici risultati in termini di *performance*, pare presentare criticità sia per quanto riguarda l’affidamento della misurazione degli indicatori a soggetti esterni (in particolare, società private di accreditamento – con conseguenti dubbi in ordine alla trasparenza e all’affidabilità dei dati raccolti – sia perché, essendo fondato sulla partecipazione volontaria delle strutture ospedaliere, non assicura uniformità di applicazione né omogeneità di copertura sull’intero territorio nazionale.

In Italia, la centrale di committenza nazionale Consip ha promosso l’innovazione tramite contratti “a incentivo”, finalizzati a introdurre modelli contrattuali basati sulla misurazione degli “*outcome* clinici” con l’obiettivo di riduzione degli episodi di ospedalizzazione a garanzia di appropriatezza clinica, risparmio e il riuso delle risorse impiegate, assicurando il beneficio clinico. Un esempio di tale innovazione è costituito dall’Accordo Quadro Consip per la fornitura di valvole cardiache trans-catetere (TAVI), del valore complessivo di 200 milioni di euro, che

²⁴ Informazioni più dettagliate sono disponibili su: <https://www.uniha.org/>

²⁵ Si v. il report “*A New Era in Belgian Healthcare: Key Findings and Collaborative Insights towards Implementation of Value-Based Healthcare*” elaborato da PwC per conto della Belgian Association of Hospital Managers.

prevede la distribuzione di oltre 12.000 kit destinati agli enti del Servizio Sanitario Nazionale. L'accordo prevede la possibilità di aderire a contratti "a incentivo", in cui il corrispettivo economico è condizionato all'esito clinico *post-impianto*.

Si realizza così un superamento del modello tradizionale basato sul prezzo, a favore di un approccio basato sulla valutazione del valore generato, ossia sull'impatto clinico della tecnologia sul paziente. Tale modello richiede però un supporto informativo adeguato e dati per evitare valutazioni approssimative e di risparmio a discapito della qualità della presa in carico e collaborazione tra centrali d'acquisto e società scientifiche (come nel caso della cooperazione tra Consip e la Società Italiana di Cardiologia Interventistica (GISE), con l'obiettivo di definire gli esiti clinici rilevanti per la determinazione del prezzo, garantire l'appropriatezza clinica e tecnologica dei dispositivi e definire le caratteristiche tecniche), per rendere esiti e valore anch'essi "misurabili".

Il *Value-Based Procurement* permette quindi alle amministrazioni sanitarie di valorizzare la qualità complessiva del prodotto o del servizio, con attenzione al "risultato" da conseguire attraverso la gara, con ricadute positive anche sul costo totale dell'assistenza sanitaria. Tuttavia, si richiede di elaborare criteri di valutazione dell'offerta che, in linea con la Direttiva UE sugli appalti pubblici del 2014, promuovano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come metodo standard di selezione nelle gare d'appalto²⁶, con criteri che riflettano esigenze qualitative, tecniche e specifiche.

In questo caso, infatti, l'aspetto qualitativo può essere valutato non soltanto sulle caratteristiche "intrinseche" del prodotto, ma anche su parametri di *outcome* legati al costo/efficacia e sull'intero ciclo di vita: diventa allora possibile identificare criteri "*value based*" ulteriori, anche per favorire l'approvvigionamento di soluzioni innovative.

Inoltre, la pressione generata dai costi può spesso portare a privile-

²⁶ Per un approfondimento si rinvia all'Event Report del 1st European Value-Based Procurement Conference. A new paradigm in health care, 19 December 2019, Brussels, disponibile al seguente link: <https://www.medtecheurope.org/resource-library/1st-european-value-based-procurement-conference-event-report/>, 2nd European Value-Based Procurement Conference Partners for resilient and high-quality health care Online conference, 1 December 2020, disponibile al seguente link: <https://www.medtecheurope.org/resource-library/post-event-report-of-the-2nd-european-value-based-procurement-conference/> e a H. BAX, F. CAPITAIN, P. LEBON, L. POTEL, Y. VERBOVEN, *Maîtriser le value based procurement, nouvelle technique d'achat*, Paris, 2020.

giare criteri legati al prezzo più basso, favorendo tecnologie non performanti e non sostenibili, così come i materiali di consumo (garza medica, guanti sterili, strumenti chirurgici)²⁷ mentre, attraverso un uso maggiormente consapevole del metodo *Value-Based*, possono essere centrali e valorizzati anche gli obiettivi di sostenibilità e tutela ambientale.

L'adozione di modelli di acquisto e di strumenti contrattuali innovativi pare dunque rappresentare un esempio di buona amministrazione in ambito sanitario, laddove determini qualità nei processi di approvvigionamento conseguente a collaborazione qualificata e fiducia "digitale" con il mercato²⁸. Una evoluzione che vorrebbe valutare gli effetti complessivi della prestazione innovativa sui destinatari e sulla loro qualità di vita – c.d. "*value-based approach*" con le cautele necessarie ad evitare possibili distorsioni della concorrenza e i correlati rischi di deviazione del contratto pubblico verso un modello basato sul raggiungimento di obiettivi di *performance*. Inoltre, tali modelli potrebbero determinare l'esternalizzazione della funzione sanitaria e di interi reparti della rete di cure²⁹, indebolendo così le strutture pubbliche.

3. *I contratti pubblici per l'assicurazione del rischio clinico*

La qualità del servizio sanitario pubblico richiede l'evoluzione verso piattaforme digitali e interoperabili che assicurino tracciabilità e correttezza, promuovendo metodologie innovative come la gestione del rischio nel *procurement* pubblico in particolare in ambito sanitario, con un'attenzione al riequilibrio di posizioni e la conseguente allocazione dei rischi, individuando costi/benefici dei profili assicurativi, con analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali³⁰.

²⁷ J. D. SHERMAN, A. MACNEILL, C. THIEL, *Reducing Pollution From the Healthcare Industry*, Journal of American Medical Association, 2019, Vol. 322, N. 11, 1043 – 1044.

²⁸ Si v. la Dichiarazione congiunta sull'economia circolare, aprile 2024, redatta e pubblicata dai membri del Gruppo di coordinamento della Piattaforma europea degli stakeholder dell'economia circolare con l'obiettivo di mantenere il Green Deal e l'economia circolare come obiettivo primario per la prossima Commissione e il Parlamento europeo, in modo da raggiungere gli obiettivi del Green Deal. G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. del Federalismo*, n. 2/2023, 357 ss.; "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of European Business Wallets", COM/2025/838 final

²⁹ Si v. di recente: J.M. GIMENO FELIU, *Hacia una buena administración desde la contratación pública. De la cultura de la burocracia y el precio a la de la estrategia y el valor de los resultados*, Marcial Pons, Madrid, 2024.

³⁰ OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastruc-*

La gestione del rischio, riconosciuta a livello sovranazionale come metodologia per la valutazione e l'impiego di tecnologie e strumenti di Intelligenza Artificiale e recepita dall'ordinamento nazionale³¹, assume rilievo anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici, ove si incentiva l'introduzione di strumenti assicurativi contro il rischio patrimoniale, destinati a tutelare la relazione di fiducia tra amministrazione, operatori economici e cittadini destinatari dell'azione pubblica³². In tale prospettiva, i diversi profili di responsabilità vengono ricondotti a rischi inerenti all'attività istituzionale dell'ente, da presidiare con adeguati strumenti assicurativi o misure funzionalmente equivalenti³³.

Nel contesto sanitario si è evidenziato un collegamento tra assicurazione e sistema delle responsabilità: l'analisi dei dati ha mostrato l'incremento del contenzioso per danni alla salute (danno materiale, danno biologico, danno morale, danno esistenziale, danno da perdita del rapporto parentale, ecc.)³⁴ che ha raggiunto un livello significativo, rendendo “la prospettiva della responsabilità” un “disincentivo” piuttosto che uno “stimolo” per il

ture, OECD Publishing, Paris, 2023. Si veda: V. CANTINO, DE VINCENTIIS, G. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, McGraw-Hill Education, London, UK, 2016, spec. 835 ss.

³¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale). Nell'ordinamento interno si v. l. 23 settembre 2025, n. 132, Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale.

³² Si v. l'art. 2, comma 4, del d.lgs. 36/2023.

³³ Su cui: Corte Cost., sent. 16 luglio 2024, n. 132.

³⁴ A titolo esemplificativo, si veda l'indagine elaborata nel 2023 dall'Eurispes con la XII Sezione del Tribunale di Roma sulle sentenze pubblicate nel 2018-2019 (“*La legge Gelli e l'Accertamento Tecnico Preventivo. Un primo bilancio sull'accertamento della responsabilità sanitaria nel Tribunale di Roma*”) in cui si rileva un aumento dei giudizi e dei costi per le strutture sanitarie, suggerendo una maggiore supervisione pubblica nell'analisi dei dati sulla responsabilità professionale. Su questo tema, in dottrina: A. DIURNI, *Gli eventi dannosi*, in A. BELVEDERE, S. RIONDATO (a cura di), *Le responsabilità in medicina*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 317 ss. Più di recente: G. SPANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, n. 5/2022, 214 ss.

G. ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. prev.*, n. 1/2023, 6 ss. e già: ID., *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Ceda, Padova, 1987. Cfr. F. GELLI, M. HAZAN, *Dalla responsabilità sanitaria alla sanità responsabile*, in F. CASCINI, F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIT (a cura di), *Responsabilità, rischio e danno in sanità*, Giuffrè, Milano, 2022, 4 ss.

comparto sanitario³⁵. Le conseguenti criticità, connesse anche ai fenomeni di medicina difensiva³⁶, sono state affrontate dal legislatore mediante l'introduzione dell'obbligo di copertura assicurativa ovvero³⁷, in alternativa, tramite strumenti di assunzione diretta, totale o parziale, del rischio da parte delle strutture sanitarie, configurati come misure funzionalmente analoghe alle polizze³⁸. Il primo modello si inserisce nel più ampio ambi-

³⁵ Così: Corte cost., sent. 20 novembre 1998, n. 371 e di recente: Corte cost., sent. n. 132 del 2024. La rilevanza e attualità di tali questioni trovano riscontro nella recente costituzione di una "Commissione per lo studio e l'approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica" – Commissione d'Ippolito – presso il Ministero della Giustizia (D.M. 28 marzo 2023). Richiamando, da un lato, la necessità di considerare che «nell'esercizio della sua professione il medico può incorrere in varie specie di responsabilità, penale, civile e disciplinare», e che, d'altra parte, «è necessario garantire al paziente una piena tutela», la Commissione intende verificare «l'attuale quadro normativo e giurisprudenziale in cui si iscrive la responsabilità colposa sanitaria, per discuterne i limiti e le criticità e proporre un dibattito in materia di possibili prospettive di riforma».

³⁶ Con l'espressione "medicina difensiva" si identifica l'incremento di condotte e pratiche assistenziali che mirano a ridurre l'esposizione dei professionisti al contenzioso più che a garantire la salute del paziente. Secondo la Commissione Parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, tale prassi pesa sulla spesa sanitaria per quasi 1 punto percentuale di PIL (oltre 10 miliardi di euro). Così: *Relazione finale*, 22 gennaio 2013, Doc. XXII-bis, n. 10. Sul tema: A. PIOGGIA, *Salute, Diritti e Responsabilità medica: una storia italiana*, in *Dir. Amm.*, n. 3/2018, 517 ss.; G. BOTTINO, C. PADRIN, P. F. POLI, *La responsabilità medica: l'efficacia dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali al fine di attenuare le responsabilità penali, civili ed erariali*, in *Ceridap*, n. 1/2022, 1 ss.

³⁷ La copertura assicurativa della responsabilità civile medico-sanitaria era inizialmente prevista come facoltativa, con il pagamento del premio a carico della struttura (d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761). Solo nel 2011 è stato introdotto l'obbligo generale di copertura assicurativa per i rischi professionali (art. 3, comma 5, lettera e, d.l. 13 agosto 2011, n. 138), confermato dalla c.d. "Riforma Balduzzi" (art. 3, d.l. 13 settembre 2012, n. 158) e dal c.d. "Decreto Madia", che ha infine reso obbligatoria l'assicurazione anche per le strutture sanitarie (art. 27, comma 1-bis, d.l. 24 giugno 2014, n. 90). La riforma nota come "Gelli-Bianco" (l. 8 marzo 2017, n. 24) ha posto le basi per una nuova governance del mercato assicurativo sanitario, demandando a un regolamento la definizione dei massimali delle polizze sanitarie e dei requisiti qualitativi e quantitativi dei modelli organizzativi di auto-ritenzione del rischio (da ultimo attuato tramite: D.M. 15 dicembre 2023, n. 232, su cui si dirà meglio nel seguito).

³⁸ Art. 1, comma 1, l. n. 24 del 2017, cit.: «Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera [...]». Sul tema: P. CORRIAS, *La copertura dei rischi della attività sanitaria: assicurazioni e «analoghe misure»*, in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2019, 287 ss.; E. PATRINI, *Obbligo di assicurazione*, in G. ALFA (a cura di), *La Responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24*, Pacini, Pisa, 2017, 417 ss.

to della contrattazione pubblica, in coerenza con la normativa nazionale ed europea orientata alla tutela del contraente pubblico e al rispetto del principio di concorrenza³⁹. L'alternativa si sostanzia, invece, in un modello di "auto-produzione" del servizio assicurativo, attuato in forma totale o parziale all'interno dell'organizzazione amministrativa⁴⁰.

La scelta tra ricorso al mercato assicurativo e opzione auto-assicurativa è rimessa alla discrezionalità organizzativa dei vertici aziendali e, nel Servizio sanitario nazionale, si registra una marcata tendenza verso l'auto-ritenzione del rischio in luogo dell'affidamento ai tradizionali servizi assicurativi e di *brokerage*, i quali presentano tuttavia alcune criticità che meritano di essere richiamate⁴¹.

Quanto al primo aspetto, i contratti pubblici per le polizze assicurative, estesi anche agli enti al di fuori del settore sanitario, sono considerati "servizi di particolare importanza"⁴², tali da giustificare cautele procedu-

³⁹ Sull'evoluzione della funzione pubblica di acquisto e dei relativi modelli contrattuali: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024.

⁴⁰ Sul vasto tema delle diverse forme di gestione in auto-produzione, quali la gestione diretta e l'affidamento *in house* (come modalità eccezionali rispetto al ricorso al mercato) anche rispetto alla recente novella sui servizi pubblici locali, si veda: M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir., I tematici, III – Le funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, 1086 ss. Nel senso che l'*in house providing* realizzi un fenomeno di «auto-produzione» dei beni e servizi di cui l'amministrazione necessita, si veda: Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514. Tra i numerosi contributi sul tema, nella specifica prospettiva che qui interessa si vedano: G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione, Tomo I, Trattato dei contratti*, dir. da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2007, 381 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Comuni e provincia nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, spec. 171. Si veda pure l'art. 7, comma 1, del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), che promuove soluzioni autonome di amministrazione attiva laddove enuncia che «Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'externalizzazione e la cooperazione[...]».

⁴¹ Si v. Cons. Stato sez. III, 15 settembre 2022, n. 8024, nella specie, il caso riguardava una vicenda concorsuale per l'accesso alla posizione di Dirigente delle Professioni Sanitarie all'interno di un'azienda ospedaliera. Si veda anche l'art. 9 del D.M. 15 dicembre 2023, n. 232, su cui si veda anche *infra*, ai sensi del quale la scelta di assunzione diretta del rischio «deve risultare da apposita delibera approvata dai vertici delle strutture sanitarie che ne evidenzia, altresì, le modalità di funzionamento, eventualmente unitario, anche per la gestione dei processi di acquisto dei servizi assicurativi e le motivazioni sottese».

⁴² Il riferimento è all'allegato II.14 del d.lgs. n. 36 del 2023, cit., e in particolare all'art. 32 (*Servizi e forniture di particolare importanza*) in cui rientrano, tra gli altri, anche «b) servizi finanziari, distinti in servizi assicurativi e servizi bancari e finanziari».

rali aggiuntive (nomina obbligatoria di un direttore dell'esecuzione, distinto dal nuovo Responsabile unico del progetto⁴³, ecc.) a causa dalle criticità riscontrate dall'Autorità nazionale anticorruzione⁴⁴, tra cui spiccano l'elevato tasso di procedure deserte (circa il 30%)⁴⁵ o aggiudicate sulla base di un'unica offerta pervenuta o con soltanto due offerte ammesse⁴⁶. Anomalie che raggiungono un grado particolarmente evidente nell'affidamento dei servizi assicurativi per la responsabilità civile sanitaria, caratterizzato da una marcata concentrazione di mercato, in cui la quasi totalità della raccolta premi fa capo a sole cinque imprese, prevalentemente anglosassoni (*Amtrust, Relyens, Berkshire, Willis, I.G.I Insurance*)⁴⁷. Uno

⁴³ Art. 32, Allegato II.14, d.lgs. n. 36 del 2023, cit., che qualifica i «servizi di particolare importanza» gli interventi «particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico, le prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, gli interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità ed i servizi che, per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento».

⁴⁴ Il settore degli affidamenti dei servizi assicurativi è stato oggetto di due determinazioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (precedentemente, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – AVCP): la prima del 13 marzo 2013 n. 2, incentrata sull'affidamento di tali servizi e di quelli di intermediazione assicurativa; la seconda, adottata l'8 giugno 2016 n. 618, contenente clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi. Con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017 l'Autorità ha, inoltre, approvato il Bando-tipo n. 1/2017 recante indicazioni operative sull'affidamento di servizi e di forniture. Con il Comunicato del Presidente dell'ANAC del 1° aprile 2020 sono stati resi chiarimenti sulla partecipazione delle imprese estere alle gare per l'affidamento dei servizi assicurativi.

⁴⁵ Così: AVCP, Determinazione 13 marzo 2013, n. 2, *Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*, 2 ss.

⁴⁶ Tali considerazioni sono state evidenziate anche dalla Commissione Parlamentare d'inchiesta sugli errori in campo sanitario e sulle cause dei disavanzi sanitari regionali, Relazione finale, 2013, cit., spec. 30: «In diversi casi si è riscontrato che i grandi gruppi assicurativi “abbandonano” gli ospedali e le ASL italiane, ritenute un mercato non conveniente e troppo rischioso per l'eccessivo costo delle coperture assicurative, con conseguente inespugnabilità delle gare pubbliche per l'affidamento del servizio, in conseguenza della mancanza di offerte».

⁴⁷ L'analisi della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) di ANAC mostra che il mercato dell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria, negli ultimi dieci anni, ammonta a 1,42 miliardi di euro, con un valore medio di contratto pari a 2,46 milioni di euro. I principali operatori in termini di importo complessivo e numero di contratti stipulati, sono risultati: Amtrust Europe Limited (sede legale in Gran Bretagna, importo complessivo: 244 milioni di euro, contratti stipulati: 30, a cui si aggiungono i contratti registrati con la denominazione “Amtrust Europe Limited Nottingham”, 6 con-

scenario che complica il monitoraggio delle amministrazioni contraenti e la valutazione degli affidamenti nel settore assicurativo, aggravato dalla frammentazione delle banche dati pubbliche che ne pregiudica una comprensione esaustiva, compromettendo la trasparenza e la qualità della contrattazione⁴⁸. In particolare, nel settore sanitario, le informazioni sulla spesa e sui costi delle polizze sono suddivisi tra le piattaforme di ANAC e i canali informativi delle singole aziende sanitarie (nella sezione Amministrazione trasparente), risultando spesso insufficienti e carenti di dettaglio, e impedendo così un'analisi efficace attraverso dati aggregati⁴⁹.

La mancanza di dati completi e affidabili, spesso dovuta alla negligenza delle amministrazioni sanitarie e alla scarsa predisposizione verso metodologie informatiche e digitali, compromette la competitività delle offerte e aggrava la criticità della scarsa partecipazione alle gare pubbliche⁵⁰ o, viceversa, può indurre gli assicuratori a adottare strate-

tratti per 121 milioni di euro, come “Am Trust Europe Limited”, 8 contratti per 57 milioni di euro, nonché come “Amtrust Assicurazioni S.P.A.” per l'Italia, 9 contratti per 87 milioni di euro); Relyens Mutual Insurance (già Sham, con sede legale in Francia, importo complessivo: 199 milioni di euro, contratti stipulati: 34); Berkshire Hathaway International Insurance Limited (sede legale in Gran Bretagna, importo complessivo: 96 milioni di euro, contratti stipulati: 8), Willis Italia S.P.A. (parte della società Willis Group Holdings Ltd, con sede legale in Gran Bretagna, importo complessivo: 61 milioni di euro, contratti stipulati: 5); I.G.I. Insurance Company Limited (sede legale in Bermuda, importo complessivo: 51 milioni di euro, contratti stipulati: 1), Genertel S.P.A. (sede legale in Italia, importo complessivo: 49 milioni di euro, contratti stipulati: 7); Qbe Insurance (Europe) Limited (sede legale in Gran Bretagna, importo complessivo: 37 milioni di euro, contratti stipulati: 18). Anche i dati dell'IVASS confermano come il mercato dell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria sia fortemente concentrato, in cui «la quota di premi raccolta dalle prime dieci imprese operanti nel settore rappresenta il 92% del totale (78,9% per le prime 5)». Si veda: IVASS, nel Bollettino Statistico, *I rischi da responsabilità civile generale e sanitaria in Italia*, 2022, cit., 15.

⁴⁸ Il database dell'Autorità non include un codice CPV specifico per la responsabilità civile sanitaria, a differenza di altri settori (come l'assicurazione per autoveicoli e aeromobili). Ciò rende difficile circoscrivere la ricerca e limita l'analisi basata sui dati aperti di ANAC. A ciò si aggiunge la complessità nell'individuare con precisione l'ente o azienda sanitaria destinataria del servizio assicurativo e la quota riservata a questi, poiché ciò non coincide quasi mai con l'amministrazione appaltante che stipula il contratto, solitamente accordo quadro, registrata nella Banca dati dell'ANAC.

⁴⁹ Sul punto: S. CRISALLI, *Perché è importante conoscere e monitorare il contenzioso sanitario*, Monitor – rivista pubblicata da Agenas, n. 48/2023, 77 ss.

⁵⁰ La deliberazione di ANAC n. 618 del 2016, *Linee guida operative e clausole tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*, impone come obbligatoria nei capitolati di gara, da trasfondere poi nei contratti, la clausola relativa all'obbligo degli assicuratori di fornire a cadenze predeterminate e in maniera esaustiva, dati e informazioni su specifici elementi.

gie difensive volte a trasferire il rischio al di fuori della loro sfera di responsabilità. L'ANAC ribadisce la necessità di definire con precisione "l'ambito di competenza di ciascuna delle parti contrattuali", stabilendo che, in aderenza al "principio di buona fede, vengano previste forme di collaborazione per lo scambio costante di informazioni relative ai singoli sinistri finalizzato anche ad una gestione uniforme degli stessi", tra cui la predisposizione di *database* da parte della stazione appaltante, con le informazioni utili anche per il fornitore cui può essere garantito l'accesso⁵¹, quale possibile misura di prevenzione della corruzione da inserire nel nuovo Piano Integrato di Attività e Organizzazione (PIAO)⁵². Anche l'inclusione di specifiche clausole sugli oneri informativi in capo alle parti nei capitolati di gara mira a favorire la partecipazione delle imprese e la formulazione di offerte tecniche ed economiche adeguate alle esigenze finanziarie degli enti sanitari⁵³.

Il Regolamento sulle polizze sanitarie mira a estendere il mercato assicurativo e aumentare il grado di «tutela dei terzi danneggiati» per la «qualità del servizio complessivamente erogato»⁵⁴, stabilendo la necessaria previsione di clausole a disciplina dell'esecuzione del rapporto assicurativo e di «protocolli di gestione», sia in regime di auto-ritenzione che con franchigia⁵⁵, che permetteranno di favorire la corretta acquisi-

Inoltre, è previsto per gli operatori economici del settore, italiani ed esteri, l'obbligo di rilevazione dei dati assicurativi.

⁵¹ ANAC, Deliberazione n. 618 del 2016, *Linee guida operative e clausole tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*, cit.

⁵² Come già sperimentato da alcune amministrazioni sanitarie: A. FELICE URICCHIO, *Il PIAO e il piano di prevenzione della corruzione*, in G. GIARELLI, V. GIOVANNETTI (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione in sanità*, FrancoAngeli, Milano, 2024, 106 ss.; per una prospettiva critica sulla riforma del PIAO: A. CORRADO, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO*, in *federalismi.it*, n. 27/2022, 186 ss.

⁵³ L'art. 14, comma 14, lettera a), d.lgs. n. 36 del 2023, cit. stabilisce che per gli appalti pubblici di servizi assicurativi, la base di riferimento per la determinazione del valore debba coincidere con il premio da corrispondere assieme alle altre forme di remunerazione. Per un approfondimento sull'efficacia dei bandi di gara e di concorso: S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Jovene, Napoli, 2006.

⁵⁴ D.M. 15 dicembre 2023, n. 232, *Regolamento recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio e le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione, nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati*.

⁵⁵ Si veda in particolare l'art. 15 (*Rapporti tra assicuratore e struttura nella gestione*

zione dei dati necessari per valutare il sinistro e liquidare il danno da risarcire, nonché una migliore comprensione da parte degli assicuratori dei processi gestionali delle aziende sanitarie con l'auspicato obiettivo di pervenire al «massimo coordinamento», anche ai fini di una «formulazione condivisa dell'offerta» che possa ridurre le resistenze delle compagnie assicurative a partecipare alle gare pubbliche e scoraggiare comportamenti opportunistici dannosi⁵⁶.

4. *Le criticità dell'intermediazione assicurativa in sanità*

Nel panorama dei contratti assicurativi delle aziende sanitarie, un ruolo peculiare è occupato dai servizi di intermediazione, riflettendo la prassi diffusa tra privati di avvalersi dei cosiddetti *broker*⁵⁷, il cui impiego comporta diverse criticità in ordine alla correttezza e all'imparzialità delle operazioni assicurative con le pubbliche amministrazioni⁵⁸. Non-

del sinistro), comma 1 del Regolamento sulle polizze sanitarie, ai sensi del quale: «[...] i rapporti tra assicuratore e struttura, nei casi in cui una quota del rischio sia condotta in auto-ritenzione del rischio o di franchigia, sono rimessi ad appositi protocolli di gestione obbligatoriamente stipulati tra le parti ed inseriti in polizza, volti a disciplinare, in particolare, i criteri e le modalità di gestione coordinata, liquidazione e istruzione del sinistro, nonché di valutazione del danno da risarcire. I protocolli di gestione garantiscono il massimo coordinamento tra l'assicuratore e la struttura, nei processi liquidativi, anche ai fini di una formulazione condivisa dell'offerta, a tutela dei terzi danneggiati e della qualità del servizio complessivamente erogato».

⁵⁶ Il Ministero della Salute ha sottolineato l'importanza dell'utilizzo di sistemi di identificazione e tracciabilità digitali per garantire la sicurezza nei servizi sanitari, soprattutto nel settore farmaceutico, incoraggiando il potenziamento, la digitalizzazione e l'interoperabilità dei sistemi per migliorare l'efficienza e la sicurezza nel comparto sanitario. Si veda: Ministero della salute, Direzione generale della digitalizzazione, del sistema informativo sanitario e della statistica, *Relazione sullo Stato Sanitario del Paese 2017-2021*, 195.

⁵⁷ Art. 106, d.lgs. 9 settembre 2005, n. 209 *Codice delle assicurazioni private*. Si v. Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 1996, n. 796, con nota di M. GOLA, *Contratti assicurativi della Pubblica Amministrazione: il servizio del broker e le procedure contrattuali*, in *Giur. Comm.*, n. 2/1997, 181 ss., in cui si esclude che l'affidamento tramite gara pubblica dei servizi di intermediazione assicurativa al *broker*, senza includere gli agenti di assicurazione dalla contrattazione, possa generare un effetto anticoncorrenziale in danno a questi ultimi. Ciò è giustificato dal fatto che gli agenti di assicurazione hanno un ruolo e uno statuto giuridico differente rispetto ai *broker*, ciò che rende la loro esclusione dalla selezione per i servizi di *brokeraggio* ragionevole, non costituendo una violazione del principio concorrenziale. Sulle responsabilità dei *broker*: G. ALPA, *La responsabilità degli "intermediari" nel diritto comune, nel diritto speciale e nel diritto comunitario*, in *Corr. merito*, n. 11/2005, 1121 ss.

⁵⁸ Nel settore pubblico si osserva da tempo il ricorso ai servizi di intermediazione as-

stante la configurazione dei contratti attuali come pubblici «di particolare rilevanza»⁵⁹, l'attività di *brokeraggio* rivolta alle amministrazioni resta limitata a prestazioni di consulenza, escludendo ogni reale funzione di intermediazione negoziale, la quale non può in alcun modo sostituire la gara pubblica quale modalità di selezione dell'operatore economico⁶⁰.

Quando la procedura di selezione del contraente è predeterminata dalla legge o dall'amministrazione non vi è spazio per l'intermediazione, limitando così l'autonomia negoziale e di fatto annullando il ruolo di mediazione proprio della figura del *broker*, almeno nei rapporti con gli enti pubblici⁶¹: ciò solleva interrogativi sulla necessità di affidarsi a un servizio

assicurativa affidati a *broker* iscritti in appositi albi professionali. La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di ANAC riporta, a partire dal 2013, un totale di 3.257 contratti per l'affidamento di servizi di intermediazione assicurativa (elaborazione: contrattipubblici.org) che coinvolgono complessivamente 1.832 stazioni appaltanti. Tra queste, il 39% risulta essere stato aggiudicato dai Comuni, collocati principalmente nella Regione Lombardia (339 contratti), seguita dalla Regione Veneto (130 contratti) e dalla regione Piemonte (130 contratti). Il tema è considerato da M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996, spec. 165 ss.; M. GOLA, *Contratti assicurativi della Pubblica Amministrazione: il servizio del broker e le procedure contrattuali*, cit., 181 ss. Si veda anche: M. G. URSO, *Illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio assicurativo*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094, in *Urb. app.*, n. 8/2008, 1001 ss. Più di recente: S. LANDINI, *Intermediazione assicurativa e pubblica amministrazione*, in *Diritto e salute*, n. 2/2019.

⁵⁹ Art. 32, Allegato II.14, d.lgs. n. 36 del 2023, cit.

⁶⁰ Si veda: AVCP, Determinazione 13 marzo 2013, n. 2, cit., 16, che sottolinea il ruolo del *broker* come figura chiave per le pubbliche amministrazioni nella gestione dei rischi e dei contratti assicurativi, mentre il rapporto dell'ANAC del 2016 considera la scelta del *broker* solo come un'opzione eventuale, riferendola a specifici segmenti della gestione del rischio amministrativo: «La stazione appaltante, inoltre, potrebbe prevedere l'istituzione di una struttura interna preposta a gestire direttamente il rischio» (ANAC, Deliberazione 8 giugno 2016, n. 618, *Linee guida operative e clausole tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*, cit., 4).

⁶¹ TAR Friuli-Venezia Giulia, 24 novembre 1995 n. 447, con nota di A. COSTANTINI, «Brokeraggio» assicurativo e pubbliche amministrazioni, in *Giornale dir. amm.*, n. 10/1996, 931 ss., che ha dichiarato l'illegittimità delle clausole del capitolato speciale di un appalto di servizi per l'assicurazione dei rischi professionali dei dipendenti di una U.S.L., che prevedevano la gestione di detto appalto a mezzo di un *broker*. Più di recente: Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2005, n. 2416, in cui si conferma che «l'attività di *brokeraggio* è incompatibile con le procedure ad evidenza pubblica iniziate con bando o avviso di gara, nelle quali la ricerca dell'assicuratore avviene direttamente al di fuori dell'interposizione del *broker* secondo regole volte a garantire i principi di trasparenza, regolarità, imparzialità e buona amministrazione; in tale ipotesi l'attività del *broker* è limitata all'assistenza e consulenza nella determinazione del contenuto del contratto e nell'individuazione dell'offerta più congrua senza dare luogo a rapporto mediatorio».

concepito come accessorio e limitato a consulenze che potrebbero essere superate attraverso un adeguato sviluppo di sistemi di *risk management*.

L'analisi delle gare pubbliche presenti nella Banca Dati dei Contratti Pubblici di ANAC rivela che l'utilizzo di tali contratti di intermediazione non è affatto circoscritto, coinvolgendo invece numerose amministrazioni, specie a livello comunale⁶² e nel servizio sanitario⁶³. Anche nei capitolati di gara si osserva un'evoluzione del ruolo del *broker* che tende ad inserirsi nelle fasi preliminari della procedura competitiva (programmazione, analisi di mercato e formulazione delle clausole nei bandi per i servizi assicurativi della responsabilità civile). Tutto ciò denota il rischio che il ricorso al *broker* si traduca nell'esternalizzazione della funzione appalti⁶⁴ a intermediari esterni alle amministrazioni sanitarie⁶⁵.

⁶² La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici di ANAC riporta come circa il 6% dei contratti di intermediazione sul totale risulta aggiudicato da aziende o enti del Servizio sanitario. Sul lato dell'offerta di tali prodotti, emergono 228 fornitori, dei quali i primi cinque detengono la quota maggioritaria del mercato: AON S.p.A. (importo complessivo: 95 milioni di euro, contratti stipulati: 432); Marsh S.p.A. (importo complessivo: 45 milioni di euro, contratti stipulati: 268); Willis Italia S.p.A. (importo complessivo: 30 milioni di euro, contratti stipulati: 181); Howden Assiteca S.p.A. (importo complessivo: 14 milioni di euro, contratti stipulati: 153); Gbsapri S.p.A. (importo complessivo: 7,6 milioni di euro, contratti stipulati: 51).

⁶³ È da notare che il sistema identificativo delle gare nella banca dati di ANAC non prevede un codice specifico per i servizi di intermediazione che consenta un'analisi circoscritta al settore sanitario. Limitando l'analisi nella BDNCP alla classe più generale del CPV "66518100-5, Servizi di intermediazione assicurativa", e inserendo la locuzione "sanit*" nell'oggetto della ricerca, è possibile identificare 145 contratti stipulati da 32 fornitori nel periodo compreso tra il 2013 e il 2023, evidenziando un valore di mercato pari a 146 milioni di euro, con un valore medio contrattuale di 1,60 milioni di euro. I dati pubblicati dall'IVASS mostrano come i *broker* svolgono un'elevata quota di attività di intermediazione per la copertura dei rischi delle strutture sanitarie pubbliche, rappresentando il 55,2% dei premi nel 2020 rispetto al 52,8% nel 2019. Si veda: IVASS, *Relazione sull'attività svolta dall'Istituto nell'anno 2021*, 28 giugno 2022, spec. 15. Tuttavia, va rilevato che le stesse informazioni rese disponibili dall'IVASS non paiono esaustive, in quanto si riferiscono al mercato assicurativo nel suo complesso (che include diverse voci assicurative sulla responsabilità civile automobilistica, danni, vita, infortuni, e altre ancora), mentre non risultano indagini circoscritte all'intermediazione assicurativa nel contesto sanitario.

⁶⁴ G.M. RACCA, S. PONZIO, *La scelta del contraente come funzione pubblica: in modelli organizzativi per l'aggregazione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, n. 1, 2019, 33 ss.

⁶⁵ Sulla necessaria qualificazione pubblica della "funzione appalti" nella prospettiva dell'aggregazione della domanda: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n.

Una pratica che sembra invece contravvenire a tali principi consiste nel raggruppare i servizi assicurativi e di *brokeraggio* all'interno di una singola procedura di gara, includendo la remunerazione dell'intermediario come una percentuale dei premi a carico delle compagnie assicurative (c.d. "clausola *broker*"). Tale prassi è stata stigmatizzata anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in quanto ritenuta idonea ad escludere dal confronto competitivo imprese che potrebbero presentare offerte concorrenziali per uno solo dei due servizi, con potenziale distorsione della gara e rischio di creare conflitti di interesse⁶⁶. Le clausole *broker*, per le loro peculiarità contrattuali, possono generare equivoci riguardo alla presunta gratuità dell'intermediazione per gli enti pubblici che intendono affidare tale servizio. Il sistema di remunerazione del contratto di *brokerage* rischia infatti di falsare i meccanismi di valutazione, poiché il relativo importo è espresso in percentuale al valore delle polizze, un parametro ignoto al momento della gara, con rischio di valutazioni imprecise basate su grandezze incerte. Inoltre, la remunerazione del *broker*, spesso erroneamente considerato servizio gratuito, risulta sganciata dalla prestazione effettiva e dai risultati conseguiti, impedendo l'introduzione di strumenti di monitoraggio e incentivazione adeguati⁶⁷.

La giurisprudenza amministrativa ha avuto in più occasioni modo di rilevare tale distorsione negoziale, avvertendo che l'importo delle provvigioni del *broker*, sebbene formalmente a carico della compagnia assicurativa e quindi apparentemente neutralizzato, costituisce effettivamente una voce di costo che ricade esclusivamente sugli enti assicurati⁶⁸.

2/2021, 185 ss.; M. GOLA, *Contratti assicurativi della Pubblica Amministrazione: il servizio del broker e le procedure contrattuali*, cit., 192 ss. Anche l'ANAC, a tal proposito, ha sottolineato la necessità di ponderare la qualità e l'effettiva necessità dei servizi di intermediazione assicurativa, richiedendo ai *broker* di rispettare requisiti di imparzialità e buon andamento, essenziali per garantire la qualità e l'integrità dei processi di approvvigionamento.

⁶⁶ Su cui: TAR Lazio, Sez. II-ter, 1° giugno 2023, n. 9364.

⁶⁷ Da tempo il servizio di *brokeraggio* assicurativo è considerato dalla giurisprudenza un contratto a titolo oneroso, nonostante la provvigione apparentemente a carico dell'assicuratore. Si veda: Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000 n. 1019 e il rilievo che «se la provvigione è formalmente posta a carico dell'assicuratore e non dell'assicurato, il primo procede tuttavia al recupero del relativo importo attraverso una corrispondente maggiorazione del premio dovuto dall'assicurato (appunto il "caricamento")», evidenziata come prassi non legittima. Per il complesso meccanismo di remunerazione, il servizio di *brokeraggio* per l'amministrazione è stato qualificato «ad onerosità indiretta», a prescindere dalle espresse previsioni contrattuali che ne attestano la gratuità. Così: Corte conti, Sez. giur. Campania, parere 10 ottobre 2012, n. 246.

⁶⁸ Nonostante le criticità emerse, non pare che la pratica di includere la "clausola

Sebbene, infatti, possa apparire che gli enti assicurati traggano vantaggio dal risparmio della provvigione corrisposta al *broker* da parte delle compagnie assicuratrici, in realtà, l'assunzione dei costi è solo in apparenza camuffata dal preordinato recupero a carico degli assicurati pubblici. Si evidenzia, d'altronde, come «l'esistenza di un vantaggio [per le amministrazioni appaltanti] non può che sottintendere la non neutralità del costo della provvigione per gli enti assicurati, benché in presenza della clausola *broker*»⁶⁹. Si è chiarito come la provvigione del *broker* rappresenti un effettivo onere che pesa unicamente sugli enti assicurati, e pertanto sulla fiscalità generale, a tutto vantaggio delle imprese di assicurazione⁷⁰.

L'opaca gestione del rapporto trilaterale tra l'amministrazione sanitaria, *broker* e compagnia assicurativa potrebbe generare situazioni di conflitto di interessi e incoraggiare investimenti assicurativi che non siano in linea con l'interesse pubblico, influenzati da logiche aziendali o commerciali, comportando costi significativi, corruzione o *malpractice* per la pubblica amministrazione. Una possibile alternativa consiste nella previsione di commissioni calcolate su valori certi e misurabili, consentendo all'amministrazione sanitaria di corrispondere direttamente la prestazione economica nei confronti del *broker* sulla base di una più accurata previsione e delimitazione dei rispettivi rischi e oneri, come sperimentato in alcune Regioni ove si è passati alla remunerazione addebitata direttamente alle aziende sanitarie anche tramite il presidio dell'intelligenza artificiale e di piattaforme digitali di *risk management*⁷¹, per una "funzione assicu-

broker" nei contratti assicurativi, che prevede una percentuale di remunerazione da parte dell'aggiudicatario al *broker* di riferimento sul premio, venga considerata illegittima dalla giurisprudenza (anche più recente): TAR Lombardia, 22 ottobre 2022, n. 1981.

⁶⁹ TAR Toscana, sez. III, 29 dicembre 2018, n. 1696, con nota di M. FERLINI, *Brokeraggio assicurativo e PA: dall'autoaffermazione all'autodistruzione*, in *Azienditalia*, n. 4/2019, 593 ss.

⁷⁰ Nella rinegoziazione dei contratti assicurativi, la significativa riduzione delle commissioni del *broker* costituisce una valida evidenza dell'onerosità di tali commissioni per gli enti assicurati. Ciò dimostra che le commissioni rappresentano un costo effettivo per gli enti, e che la modifica della clausola *broker* potrebbe portare a un tangibile beneficio economico per l'assicurato. L'esemplificazione di tale vantaggio è stata chiaramente riscontrata nella riduzione del premio assicurativo. Su tali aspetti si veda: TAR Lazio, Sez. I-ter, 88 giugno 2015, n. 8050.

⁷¹ Si veda: SCR Piemonte, *Gara regionale centralizzata per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per le aziende del servizio sanitario della Regione Piemonte*, *Gara n. 39-2021 ex artt. 60 e 95 c. 7 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.*, in cui, ad esempio, L'importo a base di gara è stato calcolato in base ai compensi annuali derivanti dai contratti assicurativi stipulati dalle aziende sanitarie e gestiti dal *broker*, includendo quelli relativi

rativa” pubblica che si orienti verso la condivisione digitale dei rischi, il monitoraggio e l’equilibrio tra la domanda e l’offerta dei servizi assicurativi⁷². L’innovazione digitale e le prospettive dello Spazio Europeo dei Dati Sanitari permetteranno l’integrazione delle fonti informative nella sanità digitale a tutela delle responsabilità e della “funzione assicurativa” per garantire la “sicurezza delle cure” (art. 1, l. n. 24 del 2017) come espressione del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.)⁷³.

alla responsabilità civile verso terzi. Secondo i termini contrattuali, il corrispettivo per il servizio di *brokeraggio* viene corrisposto direttamente dalle aziende sanitarie al *broker*, il quale si occupa a sua volta di effettuare i pagamenti alle compagnie assicurative per i premi pattuiti

⁷² G. COMANDÈ, *Le “Regioni” della responsabilità sanitaria e il governo del risarcimento*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Francesco Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Giuffrè, Milano, 2008, 541. Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 febbraio 2025, sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847. Sulla necessaria riorganizzazione dei sistemi informativi per la qualità dell’assistenza sanitaria si veda, a livello internazionale: WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Support tool to strengthen health information systems, Guidance for health information system assessment and strategy development*, Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2024.

⁷³ Si rinvia a: G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 891 ss.

Riflessioni sparse sull'attuazione dello Stato delle autonomie, tra leale collaborazione e controlli

CLAUDIA TUBERTINI

SOMMARIO: 1. La collaborazione come *conditio sine qua non* dello Stato delle autonomie. – 2. La leale collaborazione nei momenti di emergenza-urgenza: l'effetto distorsivo del PNRR. – 3. Qualche riflessione *de iure condendo* sui meccanismi della leale collaborazione. – Bibliografia.

1. *La collaborazione come conditio sine qua non dello Stato delle autonomie*

È opinione ormai consolidata quella secondo la quale la realizzazione dello Stato delle Autonomie prefigurato dall'art. 5 della nostra Costituzione è disegnato nei suoi tratti essenziali dalle disposizioni del Titolo V necessari dell'ampio ricorso a moduli organizzativi di tipo collaborativo, stante l'ormai ineliminabile intreccio tra le competenze legislative ed amministrative dello Stato, delle Regioni e delle autonomie locali. La collaborazione tra i diversi livelli di governo è fondamentale garanzia di unitarietà dell'ordinamento e di rispetto delle reciproche competenze.

Con la legge n. 59 del 1997 e l'avvenuta soppressione della funzione statale di indirizzo e coordinamento, quello che era un coordinamento di tipo verticale, espressione della supremazia dello Stato nei confronti delle autonomie, si è trasformato sempre più spesso in un raccordo di tipo orizzontale attraverso il cd. "sistema" delle Conferenze Stato-Regioni, Stato-Città ed Unificate, disciplinate dal d.lgs. 281/1997, in attuazione di una delega contenuta nella medesima legge. Non a caso, esse sono state definite dalla Corte costituzionale "perno del confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in seno al quale si individuano soluzioni concordate"¹, in assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari volta a inserire la rappresentanza delle autonomie anche nella sede legislativa: questo è il *caveat* che numerose volte ha espresso la stessa Corte costituzionale, ribadito a più riprese anche in dottrina.

¹ Cfr., *ex multis*, sentt. 6/2004, 31/2006, 114/2009.

L'ultimo tentativo di trasformazione del Senato in Camera delle Regioni, come è noto, è infatti fallito con l'esito negativo del referendum costituzionale del 2016.

Con la riforma del titolo Quinto della Costituzione, il coordinamento tra Stato, Regioni ed enti locali è divenuto ancor più fondamentale, innanzitutto, per l'avvenuta trasformazione nel "tono costituzionale" delle autonomie, attraverso il rovesciamento della tecnica di enumerazione degli enti costitutivi della Repubblica. Elemento qualificante della riforma del 2001 è infatti il principio secondo il quale Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato sono considerati paritariamente quali enti costitutivi dell'ordinamento repubblicano, «con propri statuti, poteri e funzioni» (art. 114) (cd. principio della «pari dignità istituzionale»: Corte Costituzionale, sent. n. 274/2003).

Ciò è avvenuto, tuttavia, in assenza di una disciplina costituzionale delle sedi di raccordo e di un riferimento esplicito alla leale collaborazione quale metodo di esercizio delle rispettive competenze, salvo il caso straordinario dell'intervento sostitutivo statale (art. 120 Cost.) o delle specifiche «forme di intesa e coordinamento» nelle materie indicate nell'art. 118.

Anche la prospettiva del raccordo nella sede parlamentare, pur presente al legislatore della riforma, è stata di fatto rinviata *sine die*. L'art. 11 della l. cost. 3/2001 aveva infatti previsto come soluzione transitoria «sino alla revisione delle norme del Titolo I della Parte seconda della Costituzione» la partecipazione di rappresentanti delle autonomie alla Commissione parlamentare per le questioni regionali, secondo una composizione da definire nei regolamenti della Camera e del Senato. In caso di parere contrario (o favorevole, ma condizionato all'introduzione di determinate modifiche) della Commissione bicamerale integrata dai rappresentanti delle autonomie, laddove la commissione in sede referente non vi si fosse adeguata, sulle corrispondenti parti del progetto di legge l'Assemblea avrebbe dovuto deliberare a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Questa norma, come è ben noto, non è mai stata attuata, anche se di quando in quando riemerge il dibattito sull'opportunità o l'inopportunità di questa soluzione; forse anche per questo motivo, attualmente i pareri della Commissione bicamerale per le questioni regionali non sembrano avere particolare peso politico, come dimostra anche il ritardo (quasi un anno!) con cui, in quest'ultima legislatura, essa è stata ricostituita.

L'unica modifica effettuata non ai regolamenti parlamentari, ma al regolamento della stessa Commissione per le questioni regionali, è stato

volto all'instaurazione di una forma di collaborazione con Conferenza unificata. Anche questo può considerarsi un segnale della rilevanza che il sistema delle Conferenze (e, in particolare, la Unificata) ha assunto, in parallelo con lo sviluppo di quella che è stata definita la dottrina della Corte costituzionale sul principio di leale collaborazione.

Proprio questo principio, in effetti, è il cardine su cui ha fatto leva la Corte per risolvere i frequenti casi di intersezione e sovrapposizione tra competenze statali e competenze regionali: un principio che, come dice la Corte, «per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni» ed impone alla legge statale di predisporre «adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze»². Un principio, dunque, che presuppone un metodo di assunzione delle decisioni statali suscettibile di essere organizzato in modi diversi, per forme e intensità, a seconda del *quantum* di incidenza sulle competenze regionali.

Il rispetto del principio di leale collaborazione può, a seconda dei casi, tradursi in un obbligo di semplice consultazione oppure, al contrario, di concertazione. Una nutrita giurisprudenza costituzionale ha richiesto per l'adozione di una disciplina statale in ambiti normativi di pertinenza regionale (casi di concorso di competenze) la previa intesa in sede di Conferenza (Unificata o Stato-Regioni), al fine di garantire un temperamento tra potestà statali e prerogative regionali e/o locali. L'intesa è stata talora costruita come intesa "forte" (v. oltre), quindi come una codecisione paritaria tra Stato e Regioni.

La previsione dell'intesa implica, secondo la Corte, che non sia legittima una norma contenente una drastica previsione della decisività della volontà di una sola parte, in caso di dissenso, ma che siano necessarie «idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze»: frase che riecheggia quanto affermato già dal giudice amministrativo in riferimento ai meccanismi di superamento del dissenso che caratterizzano un altro istituto volto al coordinamento tra pubbliche amministrazioni nell'assunzione di decisioni amministrative, ovvero, la Conferenza di servizi.

In altri casi di minore impatto sulle competenze regionali, la Corte ha invece ritenuto sufficiente l'acquisizione di un parere delle autonomie. Nel

² Sentenza n. 50/2005; nello stesso senso, *ex plurimis*, sentenze n. 44/2014, n. 234/2012, n. 187/2012, n. 88/2009, n. 50/2008, n. 213/2006, n. 133/2006, n. 231/2005, n. 219/2005.

corso del tempo si è assistito tuttavia ad un indubbio aumento dei casi di concertazione vera e propria, o per l'intervento della Corte costituzionale, che ha censurato norme che si limitavano alla previsione di un parere o prevedevano l'assunzione di un atto in via unilaterale, o perché è sempre più spesso lo stesso legislatore, per evitare dubbi di legittimità costituzionale, a prevedere un'intesa per l'assunzione di vari atti come regolamenti, decreti ministeriali, soprattutto fonti normative secondarie o programmi e piani statali che intersecano materie di competenza regionale.

L'elasticità del principio di leale collaborazione è considerato un elemento di forza, ma anche di debolezza: perché è molto difficile predeterminare a monte qual è il livello di coinvolgimento necessario, e da questa incertezza nasce molto spesso il contenzioso costituzionale. In questo momento non esiste infatti una norma generale che dica in quali casi sia necessaria l'intesa: mentre il d.lgs. 281/1997 elenca una serie di atti per cui è obbligatorio il parere (soprattutto, prevede che le Regioni siano obbligatoriamente sentite in ordine agli schemi di disegni di legge e di decreto legislativo o di regolamento del Governo nelle materie di competenza delle regioni, nonché su ogni oggetto di interesse regionale che il Presidente del Consiglio dei Ministri ritiene opportuno sottoporre al suo esame, anche su richiesta delle Regioni: art. 2, commi 3 e 4) non fa altrettanto per le intese, di cui regola solo il procedimento, da applicarsi a tutti i procedimenti in cui la legislazione vigente prevede un'intesa (art. 3). L'unico atto per il quale viene espressamente richiamato l'obbligo di intesa è quello della nomina del Presidente dell'Agenzia per i servizi sanitari regionali (Agenas), anche in questo caso, con un richiamo ad una disposizione legislativa già vigente. Non costituisce operazione facile, quella di ricavare dalla oscillante giurisprudenza costituzionale una norma orientativa dei casi in cui sia necessaria l'intesa: il rischio è quello di dover utilizzare espressioni altrettanto elastiche – come la «forte incidenza» sulle competenze regionali della decisione da assumere, espressione che spesso si ritrova nel linguaggio della Corte – generando, così, ulteriori dubbi e conflitti. Più percorribile potrebbe essere l'idea di fare una elencazione non tassativa di alcuni atti da sottoporre obbligatoriamente alla previa intesa, traendoli dalla casistica della giurisprudenza costituzionale, dalla legislazione, ma anche dalla prassi. Avviene infatti, a volte, che alcuni atti vengano volontariamente sottoposti a previa intesa, per decisione del ministro (o del Consiglio dei ministri) anche in mancanza di una espressa previsione normativa, sia per evitare questioni di legittimità, sia per ottenere la collaborazione delle autonomie, laddove indispensabile per la piena attuazione dell'atto.

Anche l'esistenza di questa prassi appena menzionata – che rimette nelle mani dei proponenti la scelta dell'intensità del raccordo – dimostra quanto il principio di leale collaborazione sia tanto un elemento imprescindibile e di successo del nostro modello di regionalismo, quanto un baluardo fragile per le autonomie, laddove un'emergenza, o imprescindibili esigenze di unitarietà, ne possono giustificare – come molte volte è avvenuto – la disapplicazione o la lettura “in senso debole”. Non a caso, autorevoli voci hanno sostenuto che questo principio lasci *troppo* nelle mani della Corte costituzionale il compito di stabilire il punto di equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia.

2. *La leale collaborazione nei momenti di emergenza-urgenza: l'effetto distorsivo del PNRR*

I profili critici ora accennati possono essere verificati alla luce di quanto avvenuto in due cruciali momenti recenti: la Pandemia e l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

L'emergenza pandemica ha richiesto la conciliazione tra rapidità e partecipazione, con due conseguenze principali: la verticalizzazione delle relazioni tra Governo e Regioni, attraverso la concentrazione di poteri sul Presidente del Consiglio dei Ministri e la speculare valorizzazione del ruolo del Presidente della Conferenza delle Regioni come autorità di rappresentanza dell'intero sistema regionale (in attesa di qualsiasi previsione legislativa o di regolamento); e la creazione di sedi separate e parallele di confronto. Il riferimento è, in particolare alla “cabina di regia” istituita dal Ministro della Salute e composta dal Presidente della Conferenza delle Regioni e da altri due Presidenti regionali, che nelle fasi più acute dell'emergenza ha sostituito il confronto nella più ampia sede collegiale. Le difficoltà emerse hanno fatto ritenere necessaria una disciplina degli strumenti di raccordo «di emergenza» che tenga conto delle due suddette esigenze di rapidità della decisione e di adeguato coinvolgimento; esigenza a cui ancora non si è dato seguito. Qualcosa, però, è avvenuto da parte delle Regioni: nel 2022 i Presidenti delle Regioni hanno assunto un'iniziativa specifica per la sottoscrizione, ai sensi dell'art. 117, comma 8, Cost., di un'intesa, al fine di costituire la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome quale «organo comune» per il migliore esercizio delle proprie funzioni. L'idea di dare una base giuridica (per ora regionale) alla Conferenza delle Regioni nasce proprio dalla necessità

di dare copertura normativa all'assunzione di decisioni che sempre più spesso la stessa legge statale assegna a quest'ultima o al suo Presidente. Rammento che l'art. 117, comma 8 Cost, ai sensi del quale "la legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni", aveva sinora ricevuto attuazioni sporadiche e comunque sempre coinvolgenti solo alcune Regioni.

Con l'approvazione del PNRR, invece, è stato il legislatore statale a scegliere un percorso specifico per assicurare il raccordo tra il centro e le autonomie. Il D.l. 77/2021, art. 2, ha infatti istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, una Cabina di Regia, presieduta dal Presidente e composta da ministri e sottosegretari competenti di volta in volta, con poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione degli interventi. Qualora vengano in discussione materie di competenza delle autonomie regionali ne è assicurata la partecipazione per il tramite dei Presidenti della Regioni o Province autonome interessate oppure, ove gli enti riguardati siano più d'uno, attraverso l'intervento del Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome. Possono partecipare alle riunioni della Cabina di regia anche i rappresentanti degli enti locali (Presidenti dell'ANCI e dell'UPI), laddove vengano esaminate questioni di interesse locale. E sempre in ragione della tematica affrontata nella specifica seduta, possono essere infine invitati i rappresentanti dei soggetti attuatori e dei rispettivi organismi associativi e i referenti o rappresentanti del partenariato economico, sociale e territoriale.

Si tratta, tuttavia, di una sede che si aggiunge, ma non sostituisce le competenze che per legge sono state assegnate al sistema delle Conferenze; come dimostra il fatto che si è riunita in modo abbastanza sporadico, lasciando in ogni caso la sensazione che siano altre, le sedi reali di concertazione. Quanto alle Conferenze, l'urgenza data dalla necessità di rispettare i tempi tassativi di attuazione del Piano ha messo a dura prova il principio di leale collaborazione, creando non poche frizioni e tensioni, proprio per la mancanza di una adeguata disciplina dei casi di urgenza. Si è così spenta la fiducia che, subito dopo l'approvazione del piano nazionale di ripresa e resilienza, si era riposta sulla possibilità che tali meccanismi di governance dedicati avrebbero potuto garantire questa collaborazione, evitando lo spostamento del focus sui controlli.

L'urgenza di rispettare ed attuare *milestones* e *target* del Piano ha portato ad un riaccentramento delle competenze di capo allo Stato, ma soprattutto ad un uso strumentale e simbolico dei meccanismi di collabo-

razione. Quando si fa sistematico ricorso al decreto-legge come strumento non solo per l'attuazione del Piano, ma anche per tutte le riforme collegate ad esso anche indirettamente, è chiaro che si mette in crisi qualsiasi meccanismo di collaborazione: il decreto-legge per sé è uno strumento che viene approvato dal Governo senza necessità di preventiva interlocuzione, e direttamente presentato alle Camere: di fatto sia le Regioni che gli enti locali si trovano a dover esprimere il parere previsto dalla legge sugli atti normativi statali che incidono sulle materie di loro competenza quando la legge di conversione sta per essere approvata dal Parlamento, e non esistono ormai spazi di negoziazione. E che dire della Cabina di regia, che avrebbe dovuto rappresentare la sede delle grandi scelte di collaborazione tra le diverse amministrazioni titolari degli interventi e i soggetti attuatori? Che essa abbia svolto un ruolo prevalentemente celebrativo e di ratifica, è apparso evidente in occasione della recente revisione del PNRR, che ha ridotto, differenziato e spostato su canali di finanziamento diversi molte importantissime linee di intervento, senza preventivo accordo con il sistema regionale e locale.

È così maturata la scelta di rafforzare le previsioni volte a consentire interventi sostitutivi in caso di mancato rispetto da parte di regioni ed enti locali degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti, anche qualora il ritardo o l'inerzia riguardi una pluralità di interventi ovvero l'attuazione di un intero programma di interventi.

Non si tratta, per il vero, di una novità assoluta, posto che già nel d.l. 77/2021 il meccanismo di Governance del PNRR già prevedeva, in linea con la sua impostazione verticistica, un ampio potere sostitutivo, da attivarsi da parte del Consiglio dei Ministri laddove fosse a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR, e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, previa assegnazione al soggetto attuatore interessato un termine non superiore a 30 giorni per provvedere. Analoghi interventi di tipo sostitutivo erano stati previsti anche per le ipotesi di dissensi, dinieghi od opposizioni idonei a precludere la realizzazione di interventi del PNRR (artt. 12-13).

Con l'approvazione del d.l. 13/2013, si è però ridotto da trenta a quindici giorni del tempo massimo che il Presidente del Consiglio dei ministri assegna al soggetto attuatore interessato per provvedere ai casi di inerzia. Il Consiglio dei Ministri, con la delibera finalizzata ad indivi-

duare il soggetto deputato ad adottare gli atti o provvedimenti necessari a garantire il rispetto del cronoprogramma del progetto, a fronte di perdurante ritardo o inerzia, può autorizzare tale soggetto a derogare ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale.

Questa esigenza di perfezionamento dei meccanismi sostitutivi appare segno della tendenza ad irrobustire le funzioni di indirizzo e coordinamento *verticale* dell'attuazione del Piano attribuite alla Presidenza del Consiglio, ampliando conseguentemente le strutture di supporto costituite in tale ambito, anche ai fini dell'attivazione dei poteri sostitutivi.

In questo contesto, non stupisce neppure che siano stati previsti nuovi tipi di controlli: si noti, in particolare, che il decreto 19 del 2024 prevede che le strutture centrali deputate al monitoraggio possano fare anche controlli ispettivi a campione su tutti i soggetti attuatori, compresi le regioni e gli enti locali. Tale previsione ha suscitato obiezioni da parte della stessa Corte dei conti, che si è chiesta se questo tipo di controlli ispettivi possono effettivamente essere realizzati anche nei confronti dell'autonomia regionale e locale. È chiaro, quindi, che l'equilibrio tra collaborazione e controllo, in questo momento, si sia molto spostato a favore dei secondi.

3. *Qualche riflessione de iure condendo sui meccanismi della leale collaborazione*

Per concludere queste brevi riflessioni è importante dar conto dei recenti tentativi che si stanno facendo per adeguare la legislazione e la prassi delle Conferenze all'obiettivo della leale collaborazione. La Commissione con compiti di studio e analisi sui temi legati all'organizzazione e al funzionamento del c.d. sistema delle Conferenze, istituita con decreto del Ministro per gli affari regionali e le autonomie del 3 maggio 2023, ha stabilito, purtroppo, di formulare proposte di riforma sui soli aspetti di tipo procedurale, senza intervenire né sulla composizione né sulla tipologia di atti adottati dalle Conferenze. Potrebbe sembrare riduttivo, eppure, la chiarificazione delle procedure sarebbe comunque molto importante, nella misura in cui l'assenza di una disciplina espressa rende facilmente aggirabili i termini, vanificabili i principi di completezza dell'istruttoria e, sostanzialmente, la leale collaborazione. Per questo si è ipotizzato anche il ricorso a fonti normative secondarie, al quale ricondurre le modalità organizzative più idonee a superare gli elementi di criticità che oggi carat-

terizzano il dispiegarsi della concertazione istituzionale nell'ambito delle Conferenze, senza modificare l'impianto normativo primario.

Con riferimento alle istruttorie tecniche, per esempio, è stata ravvivata la necessità di un maggiore coinvolgimento della Conferenza delle Regioni, di ANCI e di UPI in fase istruttoria tale da non tradursi nella mera trasmissione dei provvedimenti; a tal fine è stato richiesto il rispetto di tempi adeguati di trasmissione dei provvedimenti alla citata Conferenza, all'ANCI e UPI, per consentire il giusto approfondimento delle tematiche. Il tema si collega alla più volte reiterata richiesta delle autonomie di co-determinare gli ordini del giorno delle Conferenze Unificate, Stato Regioni e Stato-Città, anche attraverso la previsione di un Ufficio di Presidenza, cui partecipino il Capo Dipartimento del DARA/Segretario della Conferenza Stato-Regioni, Unificata e Stato-Città e i Segretari generali della Conferenza delle Regioni, di Anci e di Upi, assegnando ad esso il compito di definire la programmazione dei lavori e la formulazione dell'ordine del giorno.

Sempre ai fini del corretto svolgimento dell'attività istruttoria, dalle autonomie è stato formulato l'auspicio che ai fini dell'espressione del parere, e a maggior ragione dell'acquisizione dell'intesa, massima manifestazione dell'attività concertativa in seno alle Conferenze, su qualunque atto ad esse sottoposto, lo stesso venga inserito all'ordine del giorno previa verifica della posizione unanime del Governo e solo dopo la conclusione dell'istruttoria tecnica, da ritenersi chiusa solo ed esclusivamente quando tutti i Ministeri competenti abbiano espresso formalmente la propria posizione (accolta/respinta/riformulata) in ordine alle modifiche proposte dal sistema delle autonomie.

Poiché per il mancato o limitato recepimento di quanto manifestato dalle Regioni e dagli enti locali e rappresentato al Governo in Conferenza non è stabilita, a livello legislativo, alcuna sanzione per il Governo inadempiente, salvo il ricorso alla Corte costituzionale (nei limiti in cui la violazione del principio di leale collaborazione è azionabile), da più parti si è suggerito di potenziare l'attività di monitoraggio dell'attuazione delle intese e degli accordi, dedicando in ogni seduta della Conferenza uno specifico punto relativo alla comunicazione degli esiti dei monitoraggi. Si è anche proposto di dare pubblicità alle sedute e garantire maggiore trasparenza ed accessibilità ai provvedimenti adottati, nonché di prevedere la redazione, da parte del Governo, di una relazione annuale che dia conto degli emendamenti e delle osservazioni accolte.

Un ultimo, ma importante punto emerso dai lavori della suddetta

Commissione riguarda l'espressione dei pareri sulle proposte di decreti-legge. Per come si è evoluto nella prassi il quadro della legislazione, ed in particolare, come si è già sottolineato, per l'uso massiccio della decretazione d'urgenza, il punto di equilibrio offerto dal d.lgs. 281/1997 risulta oramai insufficiente, perché il Governo acquisisce il parere delle Regioni quando viene iscritto il disegno di legge di conversione all'o.d.g. delle Conferenze: spesso quindi il parere viene reso tardivamente rispetto ai tempi di approvazione definitiva del testo.

Per quanto riguarda i decreti-legge incidenti in materie di competenza delle Regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano o degli enti locali, gli stessi dovrebbero quindi essere trasmessi alla Conferenza Stato-Regioni o alla Conferenza Unificata per l'avvio dell'istruttoria tecnica entro pochi giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in modo tale da accelerare il più possibile il parere.

Come si può vedere, gli interventi possibili sono molti. L'auspicio è che si trovi finalmente il coraggio di affrontare questo tema, tanto importante quanto troppo spesso lasciato sullo sfondo di altre – e ben più ambiziose – riforme “istituzionali”.

Bibliografia

- AMATO G., *Il regionalismo cooperativo. Una risorsa delle democrazie*, in R. BIN, F. FERRARI (a cura di), *Il futuro delle Regioni*, Napoli, Ed. Scientifica, 2023, p. 15 ss.
- ANTONETTI N., PAJNO A. (a cura di), *Stato e sistema delle autonomie dopo la pandemia. Problemi e prospettive*, Bologna, il Mulino, 2022
- BIFULCO R., *La lunga attesa dell'integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali*, in F. BASSANINI, A. MANZELLA (a cura di), *Due Camere, un Parlamento. Per far funzionare il bicameralismo*, Firenze, Passigli Editori, 2017, p. 37 ss.
- CARPANI G., *La Conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2006
- CASTELLI L., *Il Sistema delle Conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?*, Bologna, il Mulino, 2023
- CATELANI E., *Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza*, in Oss. sulle fonti, n. 2/2020, p. 506 ss.
- CECCHETTI M., *L'incidenza del PNRR sui Livelli Territoriali di Governo e le Conseguenze nei Sistemi Amministrativi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 13 Settembre 2022
- CORTESE F., *Gestione dei fondi "RRF" e diritto amministrativo: sguardo di sintesi e di contesto*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, p. 361 ss.
- DI MASCIÒ F., NATALINI A., *L'attuazione del Pnrr dal governo Draghi al governo Meloni: le pubbliche amministrazioni sotto stress per eccesso di risorse*, in F. GENOVESE, S. VASSALLO (a cura di), *La Politica in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 185 ss.
- GARDINI G., TUBERTINI C., *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022
- STERPA A., *La Conferenza dei Presidenti delle Regioni come organo interregionale: una soluzione coerente nella perdurante attesa delle riforme*, in *Federalismi.it*, n. 6/2023, p. 206 ss.
- TABACCHI A., *Le procedure per l'esercizio dei poteri sostitutivi e il superamento dei dissensi nell'attuazione del PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 9/2023, p. 122 ss.
- TARLI BARBIERI G., *Le relazioni istituzionali. Relazione di sintesi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2019, p. 204 ss.
- TRAPANI M., *Il Sistema delle Conferenze e il regionalismo dimezzato: il difficile rapporto tra PNRR e Regioni alla luce delle recenti evoluzioni normative*, in *Rivista AIC*, n. 4/2021, p. 179 ss.
- TUBERTINI C., *Attualità e futuro del sistema delle Conferenze*, in *Dir. pub.*, 2020, p. 667 ss.
- VANDELLI L., *Prospettive ed ipotesi di riordino della Conferenza Stato-Regioni, in Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Atti del seminario, Roma, 6 aprile 2017, Torino, Giappichelli, 2018.

Las sanciones interadministrativas en España e Italia: convenientes ma non troppo

CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ

SUMARIO: 1. Introducción: la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas. – 2. Las sanciones administrativas a las personas jurídico-públicas. – 2.1. Previsiones legales sobre la posibilidad de que una Administración sancione a otra. – 2.2. Admisión jurisprudencial generalizada de las sanciones interadministrativas. – 2.3. La necesidad de distinguir si las sanciones administrativas se imponen a una Administración en sentido estricto o a una persona jurídico-privada que forma parte del sector público. – 2.4. También hay que distinguir si las sanciones administrativas se imponen a la Administración Pública cuando actúa como un particular o como poder público. – 3. Las ventajas que ofrecen las sanciones interadministrativas. – 4. Los problemas que suscitan las sanciones interadministrativas. – 5. Conclusiones. – 6. Bibliografía.

1. *Introducción: la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas*

En el Derecho Administrativo sancionador, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho Penal, la responsabilidad de las personas jurídicas ha sido siempre generalmente admitida, tanto legal como jurisprudencialmente.

«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Rige, por tanto, la misma exigencia cuando se trata de sancionar a personas físicas o jurídicas. No obstante, cuando se trata de sancionar a estas segundas, cambian «los mecanismos de imputación» (de Palma del Teso, 2001: 33).

Para imputar una infracción administrativa a una persona, la Administración debe acreditar que la conducta infractora ha sido realizada por su autor de forma culposa o dolosa. Es esto, precisamente, lo que garantiza el de-

recho a la presunción de inocencia. En la medida en que la concurrencia del elemento subjetivo del dolo o la culpa escapa a la percepción de los sentidos, siendo únicamente constatable en la psique de la persona física actuante, la Administración «debe establecer la concurrencia de estos elementos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias» (de Palma del Teso, 2001: 39). No bastará, por tanto, con calificar abstractamente la conducta de la persona como de imprudente o dolosa, sino que será necesario que la resolución sancionadora explique el proceso llevado a cabo por la Administración para deducir la culpa o el dolo del autor de la infracción.

Cuando la persona a la que se quiere imputar la infracción es jurídica, esa búsqueda del dolo o la culpa hay que realizarla en las personas físicas que han actuado en su nombre. A las personas jurídicas solo se les podrá exigir responsabilidad sancionadora cuando se haya demostrado suficientemente que las personas físicas que actuaron por ellas cometieron la infracción de que se trate con dolo o culpa. Ocurre, por tanto, que las personas jurídicas responden por una infracción propia como consecuencia de las conductas de sus administradores, representantes o empleados (Lozano Cutanda, 1992: 227).

Durante el procedimiento de imputación de una infracción a una persona jurídica, resulta más sencillo probar el elemento subjetivo de la culpabilidad que cuando se trata de imputar una conducta infractora a una persona física. Esto se debe a que las normas imponen a las personas jurídicas amplios deberes de vigilancia y control, por lo que cuando cometen alguna infracción es relativamente fácil argumentar que si incurrieron en ella es porque no fueron lo suficientemente diligentes. En otras palabras, lo que sucede es que las normas, al imponer órdenes y prohibiciones, marcan el nivel de diligencia exigible que han de satisfacer sus destinatarios, de modo que su desatención o incumplimiento (constitutivo de infracción) puede ser considerado, en sí mismo, una actuación negligente (Alarcón Sotomayor, 2007: 394-403).

2. *Las sanciones administrativas a las personas jurídico-públicas*

Las sanciones administrativas impuestas a las Administraciones son una especie muy peculiar dentro del género más amplio de las sanciones administrativas impuestas a las personas jurídicas. Su carácter particular reside en la naturaleza jurídica de la persona que resulta sancionada: la Administración Pública.

En España (como en Italia), no existe obstáculo constitucional para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración contra la propia Administración. Ahora bien, eso no significa que esta técnica sea adecuada. Lo que está fuera de toda duda es que su utilización ha sido recurrente desde antiguo. Martín-Retortillo ya daba cuenta de ellas en el año 1976 (1976: 48). Desde entonces no han dejado de sucederse las sanciones impuestas por la Administración General del Estado al Ayuntamiento que no ha cumplido con las previsiones de seguridad social o de seguridad laboral, las aplicadas por la Comunidad Autónoma al Ayuntamiento que ha incumplido los requisitos medioambientales establecidos para realizar vertidos de aguas residuales, las irrogadas por la Autoridad independiente de Defensa de la Competencia a las empresas públicas y a las Administraciones por abuso de posición de dominio o por realizar conductas anticompetitivas, etc. Algo similar ha ocurrido en Italia, donde estas particulares sanciones ni siquiera parecen haber merecido la atención específica de la doctrina.

Para imputar una infracción a una Administración Pública, hay que proceder de la misma forma que cuando se trata de sancionar a una persona jurídico-privada. Es necesario identificar «una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa» (Vera Jurado, 2001: 69). Pero, de nuevo, aquí vuelve a ser relativamente fácil probar la negligencia de la autoridad o empleado público que actuó en nombre de la Administración, pues también a las personas jurídico-públicas se les imponen extensos deberes de diligencia y control (Vera Jurado, 2001: 65).

2.1. Previsiones legales sobre la posibilidad de que una Administración sancione a otra

Hay leyes que realizan una referencia genérica a las personas jurídicas como sujeto activo y responsable de infracciones (como la práctica totalidad de las leyes autonómicas medioambientales y de turismo, la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, o como hace, en general, la LRJSP en su art. 28.1). Otras que hacen referencia expresa a la Administración como responsable de infracciones administrativas (Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía -art. 73.1-; Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas -art. 93-; Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones -art. 53-). Y otras que tipifican conductas infractoras que solo pueden ser realizadas por las Administraciones Públicas (es el caso de algunos preceptos de la Ley industria, de las leyes medioambiente y de

las leyes urbanísticas)¹. Otras normas, por el contrario, rechazan implícitamente esta posibilidad al prever la única responsabilidad sancionadora de las personas físicas y jurídico-privadas (buen ejemplo representa el art. 54.1 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental).

Por otra parte, hay leyes que exigen la responsabilidad tanto a la persona jurídica (en su caso, pública) como a la persona física que actuó por ella (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia -art. 63, apartados 1 y 2-; Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales² -art. 77, apartados 1, 2 y 3-; y Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores – arts. 306 y 307-)³; y leyes que, en caso de infracciones cometidas por las personas jurídicas,

¹ Enuncia todas estas posibilidades y aporta numerosos ejemplos Cano Campos (2018: 107).

También en Italia hay leyes que aluden expresamente a la posibilidad de sancionar a la Administración. Es el caso del *Decreto Legislativo del 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali*, que prevé la posibilidad de imponer sanciones tanto a sujetos privados como a autoridades y a organismos públicos. Establece su art. 166.4: «*Il procedimento per l'adozione dei provvedimenti e delle sanzioni indicati al comma 3 può essere avviato, nei confronti sia di soggetti privati, sia di autorità pubbliche ed organismi pubblici*».

² Aunque cuando es la Administración Pública la que ha cometido la infracción se prevé la declaración de su responsabilidad, pero sin que se le imponga sanción alguna, sino únicamente las medidas correctoras necesarias.

³ En estos casos, el legislador tiene en cuenta el especial reproche que merece la actuación de la persona física de que se trate (administrador, representante legal, empleado) y la necesidad de potenciar la función de prevención general propia de las sanciones. Las sanciones a la persona física y a la jurídica resultan compatibles porque la conducta de la primera se castiga autónomamente como participación en la conducta infractora de la persona jurídica a la que pertenece (LAGUNA DE PAZ, 2020: 49).

Aunque se trata de algo distinto, conviene recordar que también son compatibles las sanciones impuestas por los mismos hechos a una Administración y a sus empleados o funcionarios públicos cuando a estos segundos se les castiga en vía disciplinaria. Y ello porque mientras que la primera sanción tiende a reprimir una conducta que ha alterado el orden jurídico general, la sanción disciplinaria pretende castigar una conducta que se reputa inconveniente dentro de la esfera organizativa de la Administración para garantizar su disciplina interna. Se trata de sanciones con fundamentos diferentes (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2017: 196-198; HUERGO LORA, 2007: 181; CARUSO Y MAROLDA, 2017: 170).

Otro supuesto distinto es aquel en que se sanciona al empleado de la persona jurídica o de la Administración por haber cometido una infracción y a la persona jurídica (en su caso, Administración) por no haber dispuesto las medidas necesarias para evitarla. En este caso, como explica LAGUNA DE PAZ, hay «dos infracciones (la realizada y la de prevenir la comisión de la infracción)» (2020: 49). Precisamente por eso caben las dos sanciones sin que se vulnere el principio *ne bis in idem*.

prevén que la sanción se impondrá únicamente a las personas físicas en las que recaiga el elemento subjetivo del dolo o la culpa (Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas -art. 93- y Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía -art. 166.4-).

Como vemos, *a priori*, ningún sector escapa a esta posibilidad de responsabilidad sancionadora de la Administración. Solo cuando la Ley excluya esa posibilidad (o la más genérica de sanciones a las personas jurídicas) cabrá hacer objeciones legales a la imposición de sanciones administrativas a la Administración.

2.2. Admisión jurisprudencial generalizada de las sanciones interadministrativas

Tampoco en sede jurisprudencial se han realizado exclusiones genéricas, sino que, al contrario, se vienen aceptando con generalidad las sanciones entre Administraciones Públicas. Incluso se han preocupado los tribunales de subrayar que las sanciones impuestas por el Estado o las CC.AA. a los Entes Locales no vulneran su autonomía local constitucionalmente garantizada. Textualmente han dicho que nada cambia en el procedimiento administrativo sancionador por el hecho de que el presunto responsable sea una entidad local⁴.

2.3. La necesidad de distinguir si las sanciones administrativas se imponen a una Administración en sentido estricto o a una persona jurídico-privada que forma parte del sector público

La sanción que impone una Administración Pública (territorial, institucional o independiente) a una persona jurídico-privada que forma

⁴ STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TSJCAT:1999:12473): «Para la efectividad de la autonomía de las Entidades locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos (artículo 2 de la misma Ley). Ello no es obstáculo al sometimiento de los entes locales a la ley y al derecho, conforme establece el artículo 103 de la CE. En caso de incumplimiento si la conducta constituye una infracción administrativa podrá ejercerse la potestad sancionadora por el órgano que la tenga atribuida y de pertenecer éste a otra Administración, el principio de autonomía local no impedirá la tramitación del procedimiento sancionador en el que se resuelva sobre el incumplimiento imputado».

parte del sector público (normalmente, a una sociedad mercantil pública), ha de aceptarse con naturalidad. Estas entidades, aunque han sido creadas por la Administración, no son Administración Pública y se comportan como sujetos privados, como particulares, por lo que, al igual que ellos, se rigen por el Derecho Privado y no por el Derecho Administrativo. Pensemos en las sanciones que impone la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) – o, en Italia, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) – a las personas jurídico-privadas creadas por la Administración (por ejemplo, a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. o a *Poste Italiane S.p.A.*) por haber realizado conductas contrarias a la libre competencia⁵.

Lo que resulta discutible es la sanción impuesta por una Administración a otra Administración Pública en sentido estricto (ya sea territorial o institucional). A decir verdad, lo que resulta discutible es esa sanción, pero solo cuando se impone por una infracción cometida durante el ejercicio de prerrogativas públicas.

2.4. *También hay que distinguir si las sanciones administrativas se imponen a la Administración Pública cuando actúa como un particular o como poder público*

Igualmente hay que aceptar las sanciones impuestas a la Administración Pública cuando, aunque con personalidad de Derecho Público, actúe como un particular. Aquí no solo entran los casos de la Administración que actúa como un empresario en el mercado ofreciendo bienes y servicios, sino también aquellos supuestos en que la Administración actúa como un empresario dentro de su esfera organizativa, como *datore di lavoro*, es decir, como «*titolare del rapporto di lavoro con i lavoratori*»⁶. En

⁵ Resolución de la CNMC de 21 de enero de 2014 (expte. S/0373/11) y *provvedimento della AGCM n. 26900 del 13 dicembre 2017*.

⁶ L. SCAVONETTO (2009), “Le violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie”, en V. DE GIOIA y L. SCAVONETTO, *Le sanzioni amministrative*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 210. El art. 37 de la *Legge di 24 novembre 1981, n. 689, modifiche al sistema penale*, no hace distinción sobre el carácter privado o público del *datore di lavoro*, por lo que hay que entender que esa infracción también puede ser cometida por las Administraciones Públicas. Lo mismo ocurre con el art. 55 del *Decreto Legislativo del 9 aprile 2008, n. 81, Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*. Alguna ley sí que alude expresamente a *i datori di lavoro pubblici e privati*. Es el caso de la *Legge del 22 maggio 2017, n. 81, Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire*

ambos supuestos, al igual que en los enunciados en el epígrafe anterior, el ente público no goza de privilegios de ningún tipo, ya que actúa como cualquier particular o empresario.

Pensemos en el caso de una entidad pública empresarial que actúa de forma anticompetitiva en el mercado⁷. O en un Ayuntamiento que incurre en una infracción de la LISOS (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social) por no realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de sus trabajadores conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Tanto en un caso como en otro la Administración Pública (territorial o institucional) actúa como si de un particular se tratase (como una empresa o como un empresario).

En estos supuestos, la Administración presuntamente responsable de una infracción administrativa «aparece claramente en la posición propia del particular o de ciudadano y, en consecuencia, sujeto a las potestades propias del otro ente público» (Xiol Ríos, 2005: 51). Sin embargo, esto no impide que los principios previstos por la legislación para regir las relaciones interadministrativas (art. 140 LRJSP) sean de aplicación. Resulta, en este sentido, especialmente destacable el principio de lealtad institucional, que exigiría, en este ámbito, que el ejercicio de la potestad sancionadora contra otras Administraciones se hiciera «de la forma menos gravosa para el ejercicio de sus competencias, calibrando las consecuencias que la imposición de la sanción y el expediente sancionador mismo tiene para los intereses generales afectados» (Xiol Ríos, 2005: 66).

En todo caso, lo realmente discutible es si la Administración puede, o debe, resultar sancionada cuando actúa en ejercicio de prerrogativas públicas, en ejercicio de su *ius imperii*, de funciones públicas o como poder público, según las expresiones que suelen emplearse; por ejemplo, cuando lleva a cabo controles de seguridad pública, concede licencias urbanísticas, organiza un espectáculo, gestiona el patrimonio histórico,

l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato, que lo prevé en su art. 18.3 *bis*, por lo que cualquier *datore di lavoro*, público o privado, puede incurrir en la infracción que tipifica su art. 23.1.

⁷ La CNMC sancionó a RENFE (entidad pública empresarial) por haber cometido la infracción muy grave del art. 62.4 a) LDC, al haber llevado a cabo acuerdos de reparto del mercado y prácticas concertadas con otras empresas competidoras en el mercado de transporte de mercancías por ferrocarril (resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017, expte. S/DC/0511/14).

utiliza datos personales para fines estadísticos o emplea sistemas de inteligencia artificial para decidir a quién inspeccionar. En estos supuestos su actuación ya no resulta equiparable a la de un mero particular o empresario⁸. ¿Tiene sentido que otra Administración Pública le pueda sancionar si incurre en una infracción?

Cuando dos Administraciones Públicas actúan en pie de igualdad en aras a la consecución de los intereses generales, sus relaciones se rigen por los principios que enumera el art. 140 LRJSP. En este trabajo, como ya he advertido, interesa destacar, particularmente, el principio de lealtad institucional, que se traduce, entre otras cosas, en el deber de respeto a las competencias de las demás Administraciones. Conforme al mismo, «las Administraciones están obligadas a no realizar ni ejecutar actividad

⁸ Esta distinción ha sido tradicional en el ámbito de la Defensa de la Competencia, donde resulta muy clara la posibilidad de que la Administración actúe en ocasiones como operador económico y otras veces como poder público (BAÑO LEÓN, 2011; GUILLÉN CARAMÉS, 2011; MARCOS FERNÁNDEZ, 2012; COSTAS COMESEÑA Y HORTALÁ I VALLVÈ, 2013; ORTEGA BERNARDO, 2017) y donde, hasta hace no mucho, esa distinción era fundamental para determinar si la Administración podía resultar sancionada. Sin embargo, de un tiempo a esta parte, se ha llegado a la conclusión de que es indiferente la calidad en la que actúe la Administración. Lo relevante para saber si puede resultar sancionada en virtud de las normas de defensa de la competencia es si su intervención puede afectar al bien jurídico protegido. En este sentido, cabe recordar que la intervención pública puede alterar la libre competencia en muchos sentidos: mediante la concesión de ayudas públicas, a través de un determinado diseño de la prestación de un servicio de interés general, introduciendo ciertas condiciones discriminatorias en la contratación pública, etc.

La primera vez que la Autoridad de Competencia española (en su momento, la CNC, actual CNMC) sancionó a una Administración Pública por infringir las normas de Derecho de la Competencia actuando, no como un operador económico, sino como un poder público fue en el caso conocido como “el cartel de los vinos de Jerez”. Analizo este caso en MARTÍN FERNÁNDEZ (2017). Posteriormente, la CNC ha seguido actuando de la misma forma. En la Resolución de 27 de septiembre de 2013 (expte. VS/0134/10) también declaró la responsabilidad de una Administración pública, concretamente de la Consejería de Infraestructuras y Transportes de la Generalidad Valenciana, por facilitar y fomentar las prácticas colusorias de diversos operadores del Puerto de Valencia.

En contra de esta posibilidad se muestra MARCOS FERNÁNDEZ, que considera que en estos casos corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa controlar la legalidad de la actuación de la Administración y, en su caso, declarar que no es conforme a Derecho y anularla (2018: 9-26). También LAGUNA DE PAZ: «las autoridades administrativas pueden ser sancionadas por prácticas colusorias o abuso de posición dominante cuando lleven a cabo actuaciones económicas de carácter material o en régimen jurídico-privado, pero no cuando ejerzan potestades públicas. Estas últimas podrán ser ilícitas por contravenir las normas de defensa de la competencia, pero solo podrán ser anuladas utilizando los recursos judiciales que prevé el ordenamiento jurídico» (2019: 20).

alguna que pueda poner en peligro o que pueda significar una merma de las competencias de las restantes Administraciones que puedan resultar afectadas, para lo que, al ejercitar sus propias competencias, deben tener en cuenta los intereses del conjunto y los de las demás Administraciones» (Xiol Ríos, 2005: 51-52). Este principio podría suponer un llamamiento a la prudencia en el ejercicio de la potestad sancionadora cuando el sujeto pasivo es otra Administración que actúa como poder público. Sin embargo, el TS parece haber descartado que en el ámbito administrativo sancionador rijan estos principios:

«los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador no experimentan ninguna variación por el hecho de que el presunto responsable sea una Administración, ni ello determina que los principios que rigen las relaciones interadministrativas para garantizar la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativas deban ser observados en el procedimiento sancionador, por ir referidos a una relación distinta»⁹.

Nuestro Alto Tribunal no parece distinguir si la Administración actúa como particular o como poder público para determinar si puede resultar sancionada y si en el procedimiento administrativo sancionador deben respetarse los principios que rigen las relaciones interadministrativas. Quizás por eso, las sanciones entre Administraciones Públicas en sentido estricto (actuando ambas en ejercicio de sus prerrogativas públicas) no se han puesto lo suficientemente en entredicho y se han venido aceptando con carácter general.

Dado que considero que tales sanciones no se pueden equiparar a las sanciones interadministrativas en las que una de las Administraciones actúa como un particular ni a las sanciones interadministrativas que recaen sobre una persona jurídico-privada que forma parte del sector público, analizaré sus ventajas e inconvenientes para concluir si debieran aceptarse definitivamente, matizarse o excluirse.

3. *Las ventajas que ofrecen las sanciones interadministrativas*

Como primer punto a favor de las sanciones entre Administraciones (cuando ambas ejercen *ius imperii*) se alude a la debida ejemplaridad de la Administración. Sostiene el TS que, tratándose de una Administra-

⁹ Por todas, STS de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7499).

ción Pública, ésta debe, por razones de ejemplaridad para el resto de los ciudadanos, cumplir con los mandatos legales y, si los incumple, debe, como todos los ciudadanos, ser sancionada y padecer el perjuicio de su conducta ilícita¹⁰. Además, el TS incluso se ha preocupado de subrayar que esta técnica no supone merma alguna de la autonomía de la Administración sancionada. Lo ha hecho, en concreto, con referencia a los Ayuntamientos¹¹.

En segundo lugar, como sostuvo Nieto, no puede negarse que la sanción interadministrativa tenga un efecto disuasorio real, ya que para la Administración sancionada el pago puede resultar doloroso (2012: 412)¹².

En tercer lugar, se esgrime como punto positivo de las sanciones interadministrativas la posibilidad de que contribuyan a colocar en el centro del debate democrático la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa. Esta ventaja ha sido puesta de manifiesto por Ortega Bernardo: «que la sanción recaiga en la Administración y sea ulteriormente transferida al bolsillo de los contribuyentes (...) debería afectar el sentido del voto en relación con el Gobierno que la dirige» (2017: 189).

4. *Los problemas que suscitan las sanciones interadministrativas*

Como uno de los principales inconvenientes que suponen las sanciones entre Administraciones se objeta que las multas pierden su sentido cuando se imponen a Administraciones, pues en estos casos solo comportan un trasvase de fondos públicos de una Administración a otra. Se contraviene, así, la finalidad aflictiva de la sanción¹³, «al no conse-

¹⁰ STS de 30 de enero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:522).

¹¹ STS de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:8034) y STS de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7499).

¹² Reflexionando sobre la exigencia interadministrativa de responsabilidad por sanciones europeas en materia de Ayudas de Estado, sostiene Rego Blanco que, aunque tal exigencia no tiene carácter sancionador, «la recuperación que el Estado realice a las Administraciones subestatales (...) tendrá un efecto disuasorio de repetir actuaciones semejantes en el futuro» (2014: 213). Si el ejercicio por la Administración General del Estado de esa potestad de exigencia de responsabilidad por incumplimiento del Derecho Europeo a las Comunidades Autónomas o Entes Locales responsables de la actuación motivadora de la sanción abonada por España (con cargo al presupuesto de la AGE) despliega efectos disuasorios sobre las mismas, es difícil sostener que las sanciones administrativas no desplieguen los mismos efectos.

¹³ Lo ha reconocido la propia CNMC cuando ha declarado la responsabilidad sancionadora de la Administración Pública como infractora de la normativa de la competen-

guirse el efecto de menoscabo patrimonial que se obtiene cuando se imponen multas pecuniarias en los patrimonios privados» (Ortega Bernardo, 2017: 188). Como explica Vera Jurado, cuando se trata de personas jurídico-privadas, sus órganos de dirección se encargarán de intentar que no se les imponga una sanción para, así, preservar el patrimonio propio. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se trata de la Administración, cuyo patrimonio es público y no está condicionado por el riesgo empresarial (2001: 72-73).

En este sentido, no ha de olvidarse que, aunque el concreto mal que se elija como contenido de la sanción, no tenga más finalidad que castigar y no realice directamente los intereses públicos ni restablezca la legalidad, ello no quiere decir que el castigo mismo no sirva para nada. Como explica Rebollo Puig, «las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y, así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración» (2001: 156-157). Si la sanción impuesta no consigue prevenir esas infracciones futuras por no desplegar efectos de prevención general y especial, entonces, efectivamente, puede sostenerse que la sanción ha perdido su sentido, tal y como se argumenta cuando el sujeto sancionado es una Administración. No obstante, Vera Jurado señala que esta crítica olvida la posibilidad de que la sanción administrativa no sea pecuniaria (2001: 73-74). Pero es que, como reconoce el mismo autor y señala con acierto Rebollo, en esos otros supuestos las consecuencias puede ser aún peores, pues si, en lugar de la sanción de multa se impusiera al Ayuntamiento una sanción consistente en la prohibición de continuar cierta actividad, se podría incluso lesionar el capital principio de continuidad de los servicios públicos (2023: 255).

El mal que no se consigue irrogar, con carácter general, con las multas impuestas a la Administración sí que suele recaer sobre los propios administrados, como contribuyentes (Xiol Ríos, 2005: 64), que se ven obligados a financiar mediante el pago de impuestos las consecuencias sancionadoras de las conductas ilícitas de la Administración Pública (Martín Fernández, 2022: 485). Este sería el segundo gran inconveniente

cia para así justificar su decisión de no imponerle la sanción. Ocurrió, entre otros, en el caso del “cártel de los vinos de Jerez” (resolución de la CNC 6 de octubre de 2011) y en el caso del “Puerto de Valencia” (resolución de la CNC de 27 de septiembre de 2013). Según la CNMC, cuando se trata de la Administración Pública, cabe poner en duda que la imposición de una multa constituya el cauce más efectivo para disuadirla de incurrir de nuevo en prácticas prohibidas.

de las sanciones interadministrativas. Lo expresa perfectamente Lozano Cutanda: «Si se acepta el ejercicio de la potestad punitiva frente a los entes públicos y es la persona jurídica quien responde, la sanción va a recaer, en definitiva, sobre el conjunto de los ciudadanos que sostienen con sus impuestos los gastos de la Administración, de lo que resulta la inutilidad e injusticia de una medida represiva que deja impunes a los responsables y penaliza al conjunto del cuerpo social» (1992: 236). Por eso, advirtió tempranamente Rebollo que, en estos casos, lo que procede es que se exija la responsabilidad «penal, disciplinaria y/o patrimonial de quien individualmente sea responsable» (1989: 616).

En tercer lugar, se daría la paradoja de tener que reconocer a la Administración derechos de defensa pensados y concebidos para que los ciudadanos se defiendan frente a ella. Me refiero a que la Administración imputada o sancionada debería tener derecho a conocer la acusación, derecho de defensa, derecho a la prueba y presunción de inocencia y la sanción que se le imponga debe respetar los principios de legalidad, culpabilidad, personalidad de las sanciones y *ne bis in idem*. Este inconveniente puede resumirse en que «al fenómeno paranormal de sanciones a Administraciones le seguiría el fenómeno paranormal de reconocerles los derechos fundamentales de todo imputado o sancionado» (Rebollo Puig, 2023: 267).

Otro obstáculo de calado a las sanciones interadministrativas es la presunción de validez de los actos administrativos y reglamentos. Si una Administración pretende sancionar a otra por haber cometido una infracción al dictar un acto administrativo o reglamento, ha de partir de su presunción de validez¹⁴, por lo que primero tendrá que destruirla y solo después podrá sancionarla¹⁵. Sin embargo, el TS no parece haber repara-

¹⁴ Mientras no se produzca la declaración de invalidez, los actos administrativos son válidos por muy graves que sean sus vicios (Rebollo Puig, 2005: 590).

¹⁵ Precisamente por esto, en España se reconoció a la CNMC legitimación para impugnar los actos y reglamentos de las Administraciones públicas de los que pudieran derivarse obstáculos a la libre competencia (art. 5.4 LCNMC). No es que este recurso sea siempre una vía alternativa a la sancionadora (Baño León, 2013: 1205-1206; Ortega Bernardo, 2017: 192; Costas Comesaña y Hortalà i Vallvé, 2013: 30; Canedo Arrillaga, 2020: 252), como a veces se ha entendido (Laguna de Paz, 2006: 30), sino que, en algunos casos, la CNMC tendrá, primero, que impugnar el acto o reglamento y solo después, tras su anulación, podrá sancionar a la Administración autora del acto o reglamento (Rebollo Puig, 2018: 387). Solo así se entiende la rigidez del art. 5.4 LCNMC, que no alude a la actividad material de la Administración por no contar ésta con la presunción de validez con que sí cuentan los actos administrativos y reglamentos.

La misma posibilidad de impugnación se ha reconocido en Italia a la AGCM en el

do en esta exigencia tan relevante. Con relación a la posibilidad de que el Estado y las Comunidades Autónomas puedan requerir a los Entes Locales para que anulen el acto o acuerdo adoptado que estimen contrario al ordenamiento jurídico o incluso impugnarlo ante el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo (art. 65 LRBRL), sostiene el TS que cuando la actuación local que se considere ilícita implique también la comisión de una infracción administrativa, esa posibilidad de requerimiento e impugnación no impide que la Administración competente pueda ejercer su potestad sancionadora, «sin que la posición que en el procedimiento tiene el responsable varíe por el hecho de ser un Ayuntamiento», por mucho que éste haya actuado en ejercicio de sus prerrogativas públicas y ejerciendo alguna de las competencias que le reconoce el art. 25 LRBRL¹⁶.

El último gran inconveniente de las sanciones interadministrativas es que las mismas suponen hacer responder al titular del *ius puniendi* (el Estado) frente a sí mismo. Si en el ámbito penal se ha optado por excluir la responsabilidad de las Administraciones Públicas (aunque ya se acepta la de las personas jurídicas), más razones hay para excluir esa responsabilidad en el ámbito administrativo. Si no se acepta que los jueces sancionen a la Administración, tampoco tiene sentido que las Administraciones se sancionen entre sí.

5. Conclusiones

Las sanciones interadministrativas (las impuestas por una Administración a otra cuando esta segunda actúa como poder público) presentan ventajas e inconvenientes, pero los segundos parecen de mayor calado y trascendencia jurídica. Quizás no se perdiera mucho si se excluyeran estas sanciones. Desde luego, ello no sería inconstitucional ni discriminatorio, pues, no hay sujeto más desigual que la Administración, que representa la concentración de todas las desigualdades (Rebollo). Ahora bien, esa exclusión debería verse acompañada del ejercicio de la potestad disciplinaria contra las autoridades o empleados públicos que, con su conducta dolosa o culpable, hayan cometido la infracción imputable a la Administración.

art. 21 *bis* de la Legge 287/1990, 10 ottobre, norme per la tutela della concorrenza e del mercato (Perini, 2015).

¹⁶ STS de 7 de noviembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:7499) y STS de 26 de octubre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:8034).

Bibliografía

- ALARCÓN SOTOMAYOR L. (2007), *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Cizur Menor.
- ALARCÓN SOTOMAYOR L. (2023), *Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas frente a la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor.
- BAÑO LEÓN J. M. (2011), *La aplicación del Derecho antitrust a la Administración Pública*, en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, pp. 61-86.
- BAÑO LEÓN J. M. (2013), *Libre competencia y Administración Pública: Derecho Administrativo y Derecho «antitrust»*, en M. REBOLLO PUIG (dir), *Derecho de la regulación económica*, Tomo IX. Comercio interior, Iustel, Madrid, pp. 1203-1259.
- CANEDO ARRILLAGA M. P. (2020), *Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de Competencia*, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 12, núm. 2, pp. 226-253.
- CANO CAMPOS T. (2018), *Sanciones administrativas*, Francis Lefebvre, Madrid.
- CARUSO C. y MAROLDA G. (2017), *La responsabilità disciplinare del funzionario di polizia nel quadro dei principi costituzionali*, en T. F. GIUPPONI, *L'Amministrazione di Pubblica sicurezza e le sue responsabilità: tra dettato normativo e prassi*, Bononia University Press, Bologna, pp. 169-188.
- COSTAS COMESAÑA J. y HORTALÀ I VALLVÉ J. (2013), *La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles*, Anuario de la Competencia, núm. 1, pp. 13-32.
- DE PALMA DEL TESO A. (2001), *La culpabilidad*, Justicia Administrativa, núm. Extraordinario, 2001, pp. 29-51.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. (2017), *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Civitas, Cizur Menor.
- GUILLÉN CARAMÉS J. (2011), *La impugnación por las autoridades de competencia de las actuaciones de las Administraciones Públicas restrictivas del Derecho de la Competencia*, en J. GUILLÉN CARAMÉS (dir.), *Derecho de la Competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Civitas, Cizur Menor, pp. 441-457.
- HUERGO LORA A. (2007), *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid.
- LAGUNA DE PAZ J. C. (2006), *Actuaciones públicas con incidencia en la competencia en la Unión Europea*, Ius et veritas, n.º 36, pp. 122-131.
- LAGUNA DE PAZ J. C. (2019), *Ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia*, Revista de Administración Pública, núm. 208, pp. 17-49.
- LAGUNA DE PAZ J. C. (2020), *El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas*, Revista de Administración Pública, núm. 211, pp. 37-69.
- LOZANO CUTANDA B. (1992), *La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)*, Revista de Administración Pública, n. 129, pp. 211-239.

- MARCOS FERNÁNDEZ F. (2012), *El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la conducta de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09, Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, pp. 253-276.
- MARCOS FERNÁNDEZ F. (2018), *¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?*, *InDret*, n.º 1, pp. 1-41.
- MARTÍN FERNÁNDEZ C. (2017), *La Administración como responsable de infracciones contra la competencia cuando actúa como poder público*, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 99, pp. 119-152.
- MARTÍN FERNÁNDEZ C. (2022), *¿Puede la autoridad de competencia sancionar a la Administración por vulnerar la libre competencia actuando como poder público? Una visión comparada de España e Italia*, en M. REBOLLO PUIG, A. HUERGOL LORA, J. GUILLÉN CARAMÉS y T. CANO CAMPOS (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo sancionador 2022*, Civitas, Madrid, pp. 455-498.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER L. (1976), *Multas administrativas*, *Revista de Administración Pública*, núm. 79, pp. 9-65.
- NIETO A. (2012), *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, Quinta edición.
- ORTEGA BERNARDO J. (2017), *¿Se puede sancionar a la Administración por la ilegalidad de su actuación?*, en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS, F. (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa: actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 183-194.
- PERINI A. (2015), *Competition Advocacy: dialogo tra Autorità garante e Istituzioni*, en V. DOMENICHELLI e G. ROMAGNOLI (dirs.), *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle P.A. e delle imprese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, pp. 111-133.
- REBOLLO PUIG M. (1989), *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.
- REBOLLO PUIG M. (2001), *El contenido de las sanciones*, *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, 2001, pp. 151-206.
- REBOLLO PUIG M. (2005), *La presunción de validez*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 128, pp. 587-638.
- REBOLLO PUIG M. (2023), *Responsables de las infracciones administrativas*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla.
- REGO BLANCO M. D. (2014), *Nuevo procedimiento para la exigencia interadministrativa de responsabilidad por sanciones europeas en materia de ayudas de Estado*, en J. RAMOS PRIETO (dir.), *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 205-231.
- SCAVONETTO L. (2009), *Le violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie*, en V. DE GIOIA y L. SCAVONETTO, *Le sanzioni amministrative*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 197-212.

- VERA JURADO D.J. (2001), *Las sanciones entre Administraciones Públicas*, *Justicia Administrativa*, núm. Extraordinario, 2001, pp. 53-74.
- XIOL RÍOS J.A. (2005), *La utilización de técnicas de relación con particulares ente Administraciones públicas: concesión; licencias; sanciones. La ejecutividad entre Administraciones públicas*, *QDL*, núm. 8, pp. 50-74.

La ineludible colaboración interadministrativa en los procedimientos en materia de reutilización de aguas

TERESA MARÍA NAVARRO CABALLERO

SUMARIO: 1. Introducción. Riesgo, salud y corresponsabilidad. – 2. Una consolidada regulación nacional que ha dado cobertura a una larga trayectoria de colaboración interadministrativa. El informe previo de la autoridad sanitaria. – 3. El control *ex post*. La indeterminación persiste en el nuevo régimen jurídico y la exigencia de coordinación administrativa aumenta. – 4. Régimen sancionador. ¿quién sanciona el incumplimiento? – Bibliografía.

1. *Introducción. Riesgo, salud y corresponsabilidad*

La reutilización de las aguas depuradas consiste en la utilización para un nuevo uso privativo, antes de su devolución al dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, de las aguas que, habiendo sido utilizadas por quien las derivó, se han sometido a un tratamiento que permite adecuar su calidad al uso al que se van a destinar (art. 109 del TRLA). Esta técnica tiene por objetivo la obtención de nuevos recursos – las aguas regeneradas – que se podrán ofertar directamente o presentar como alternativos a otros de mejor calidad. Constituye una práctica que se viene realizando en España con indiscutible seguridad jurídica, sanitaria y ambiental, y muy significativamente de forma más intensa en el sureste peninsular, sometido a recurrentes períodos de escasez y sequía. Precisamente por la virtud que esta técnica tiene de ayudar a combatir la escasez de recursos hídricos es por lo que la legislación siempre ha involucrado a las Administraciones públicas en su impulso y fomento, como una herramienta para promover, también ahora, la economía circular y reforzar la adaptación al cambio climático.

Las aguas regeneradas podrán utilizarse para aquellos usos que resulten compatibles con las previsiones contenidas en la planificación hidrológica, y siempre que se asegure un elevado nivel de protección de la salud humana, la sanidad animal y el medio ambiente, de donde es fácil colegir que esta actividad entraña un nada desdeñable riesgo para todos ellos. De ahí que el nuevo Reglamento (UE) 2020/741, del Parlamento Europeo y

del Consejo, de 25 de mayo de 2020, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua abra su articulado fijando en el art. 1 su claro objetivo, “establecer los requisitos mínimos de calidad y control del agua y disposiciones sobre gestión del riesgo, para la utilización segura de las aguas regeneradas en el contexto de una gestión integrada del agua”, y finalidad, “garantizar que las aguas regeneradas sean seguras para el riego agrícola, y de esta forma asegurar un alto nivel de protección del medio ambiente y de la salud humana y la sanidad animal”. Por ello, obliga expresamente a “la autoridad competente” que al evaluar una solicitud de producción y suministro de aguas regeneradas consulte “a otras autoridades pertinentes e intercambie información oportuna con ellas, en particular las responsables en materia de agua y sanidad, cuando estas no sean las mismas que la autoridad competente” (art. 6.4 Reglamento (UE) 2020/741).

2. *Una consolidada regulación nacional que ha dado cobertura a una larga trayectoria de colaboración interadministrativa. El informe previo de la autoridad sanitaria*

A pesar de lo novedoso del reglamento comunitario, sobre todo para los países de nuestro entorno, no debe perderse de vista que España contaba desde la propia Ley de Aguas de 1985 con una previsión legal de la reutilización (en el prístino art. 101) y con su desarrollo reglamentario, el Real Decreto 1620/2007, de 17 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas¹, que, aunque tardío, ha sido un pilar fundamental en el desenvolvimiento en condiciones de seguridad de esta actividad en nuestro país, habiendo servido incluso de referencia a la citada norma europea. Por lo tanto,

¹ Recordemos que el Real Decreto 1620/2007 queda derogado con fecha 26 de junio de 2023, conforme a la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 4/2023, de 11 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia agraria y de aguas en respuesta a la sequía y al agravamiento de las condiciones del sector primario derivado del conflicto bélico en Ucrania y de las condiciones climatológicas, así como de promoción del uso del transporte público colectivo terrestre por parte de los jóvenes y prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas. No obstante, según indica la citada disposición derogatoria, seguirá vigente en lo que no se oponga al texto refundido de la Ley de Aguas y al Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2020, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua urbana depurada en usos agrarios, conforme a las instrucciones técnicas que establezca el Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico en el ámbito de las cuencas intercomunitarias.

en España éramos muy conscientes del valor de la reutilización de las aguas y del riesgo que entrañaba su desarrollo (sin duda porque por la escasez se venía practicando la reutilización indirecta en buena parte de su territorio) y nos habíamos dotado pronto de las bases normativas y técnicas para cubrirlo. Al fijar el régimen jurídico de la reutilización se optó por imponer la colaboración entre las principales Administraciones implicadas en la actividad – la hidráulica y la sanitaria – , como forma de proteger el bien jurídico que a cada cual le competía. Así, más allá de la previsión legal de colaboración con las Comunidades Autónomas contenida en el art. 25.3 del TRLA², el art. 4.3 del RD 1620/2007 exigió que en todos los supuestos de reutilización de aguas el organismo de cuenca “solicitará de las autoridades sanitarias un informe previo que tendrá carácter vinculante”. Tras concretar y repartir más adelante las distintas responsabilidades de la actividad de reutilización de las aguas entre el titular de la concesión o autorización de reutilización y el usuario del agua regenerada – atribuyendo a los primeros la responsabilidad de la calidad del agua regenerada y de su control desde el momento en que las aguas depuradas entran en el sistema de reutilización³ hasta el punto de entrega de las aguas regeneradas, y al usuario la responsabilidad de evitar el deterioro de su calidad desde el punto de entrega del agua hasta los lugares de uso (art. 5.4 y 5.5 del RD 1620/2007) – no tarda en puntualizar que estas responsabilidades se entienden “sin perjuicio de la potestad de supervisión y control de las autoridades ambientales y sanitarias” (art. 5.6 del RD 1620/2007).

² Recordemos, “los expedientes que tramiten los organismos de cuenca en el ejercicio de sus competencias sustantivas sobre la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico se someterán a informe previo de las Comunidades Autónomas para que manifiesten, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, lo que estimen oportuno en materias de su competencia”. Entre estos informes sectoriales destacamos los relativos a agricultura y medio ambiente.

³ El art. 2 f) del RD 1620/2007 define el “sistema de reutilización de las aguas” como el conjunto de instalaciones que incluye la estación regeneradora de aguas, en su caso, y las infraestructuras de almacenamiento y distribución de las aguas regeneradas hasta el punto de entrega a los usuarios, con la dotación y calidad definidas según los usos previstos. Por su parte, el Reglamento (UE) 2020/741 lo define de forma más amplia toda vez que ahora tienen cabida en el sistema las instalaciones de depuración. Según su art. 3.15) es la infraestructura y otros elementos técnicos necesarios para producir, suministrar y utilizar aguas regeneradas; comprende todos los elementos desde el punto de entrada de la estación depuradora de aguas residuales urbanas hasta el punto en que las aguas regeneradas se utilizan para el riego agrícola, con inclusión, en su caso, de la infraestructura de distribución y almacenamiento. En igual sentido el art. 2.k) del proyecto de RD de reutilización.

En la actualidad, tras la entrada en vigor el pasado mes de junio de 2023 del reglamento europeo de reutilización se ha modificado el texto refundido de la Ley de Aguas para adaptar su contenido en lo referente a la reutilización y derogar, en todo lo que se oponga a la nueva regulación, el RD 1620/2007. Pues bien, el nuevo régimen legal de la reutilización no se aparta un ápice del anterior en lo que a la imprescindible coordinación y colaboración interadministrativa se refiere a fin de garantizar la seguridad de la actividad de reutilización. Antes al contrario, como se ha dicho (HERNÁNDEZ LÓPEZ, S., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. C., 2023, p. 247), se incrementa, más si cabe, el papel relevante y fundamental de la administración sanitaria al incluir la necesidad de su informe vinculante en el procedimiento administrativo de autorización de producción de aguas regeneradas, al requerirse de su informe para aprobar el plan de gestión del riesgo de las aguas regeneradas. Por lo tanto, se vuelve a exigir el previo informe preceptivo y vinculante de la autoridad sanitaria para conceder el uso de las aguas regeneradas (art. 109.1 *bis*, prrf. 3 del TRLA) y, ahora también, para autorizar la producción y suministro de estas (art. 109.1 *ter*, prrf. 2 del TRLA), como no podía ser de otra forma.

Por su parte, el proyecto de real decreto por el que se aprueba el reglamento de reutilización de las aguas⁴, al regular la instrucción del procedimiento de autorización de producción y suministro de aguas regeneradas (art. 6), en lo que no dejaba de ser un desliz, omitía la obligación del organismo de cuenca de solicitar el informe preceptivo y previo de la autoridad sanitaria (que sí exige el art. 109.1 *ter*, prrf. 2 del TRLA, como sabemos). Omisión que ha sido subsanada en el art. 7 del proyecto de 16 mayo de 2024. Así mismo, como novedad, y en aras de la cooperación transfronteriza, si la reutilización del agua puede afectar a otro Estado, antes de conceder una autorización, la autoridad competente intercambiará información sobre las condiciones establecidas en la misma a tenor de los acuerdos de cooperación transfronteriza suscritos.

Así mismo, el procedimiento para la obtención de la concesión de uso de las aguas regeneradas contempla expresamente que, analizada por la autoridad hidráulica toda la documentación y tras el informe (favorable, claro está) sobre la compatibilidad de la solicitud de concesión con el Plan hidrológico de cuenca, habrá de solicitarse el informe a las autoridades sanitarias, junto con los informes de otros órganos que con-

⁴ En la versión de 27 de noviembre de 2023 que fue sometida a consulta pública en diciembre de 2023.

sidere necesario. Además, Cuando el uso de las aguas regeneradas fuese el agrícola, se solicitará informe preceptivo del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. El plazo para evacuar dichos informes es de tres meses, transcurrido el cual sin que se hayan emitido se continuará con las actuaciones, de acuerdo con el art. 80 de la Ley 39/2015 (art. 14.1 y 2 del proyecto de RD de reutilización).

3. *El control ex post. La indeterminación persiste en el nuevo régimen jurídico y la exigencia de coordinación administrativa aumenta*

Pero el control y la colaboración entre los organismos de cuenca y las autoridades sanitarias en materia de reutilización no queda solo en el control *ex ante* articulado a través del informe previo, preceptivo y vinculante de la autoridad sanitaria. La actividad de reutilización no es una “foto fija”, así que ambas Administraciones deberán seguir en una estrecha comunicación ya que nos hallamos ante concesiones y autorizaciones de tracto sucesivo, cuyo cumplimiento debe seguirse minuciosamente ante el evidente riesgo que conlleva el incumplimiento de sus condicionados.

De ahí que el nuevo art. 109 *quater* del TRLA (como ya hiciera, recordemos, el art. 5.6 del RD 1620/2007 al referir la potestad de supervisión y control de las autoridades ambientales y sanitarias) imponga sobre ambas una obligación de inspección, de control y vigilancia *ex post* del cumplimiento tanto de las condiciones establecidas en el Plan de gestión del riesgo de las aguas regeneradas como en sus autorizaciones de producción y suministro. Y, a pesar del silencio al respecto del art. 109 *quater* del TRLA, debemos entender que también de las condiciones de la concesión de utilización de las aguas regeneradas. Obligación de inspección de las Administraciones que obviamente no afecta a la obligación que tienen las partes responsables⁵ de acreditar periódicamente el cumplimiento de

⁵ De acuerdo con el art. 3. 14) del Reglamento (EU) 2020/741, “parte responsable” es alguien que realiza una función o una actividad como parte en el sistema de reutilización de aguas, incluido el operador de la estación regeneradora de aguas, el operador de la estación depuradora de aguas residuales urbanas cuando no se trate del operador de la estación regeneradora de aguas, la autoridad pertinente que no sea la autoridad competente designada, el operador de la distribución de aguas regeneradas, o el operador del almacenamiento de aguas regeneradas. En idéntico sentido la define el art. 2 y) del proyecto de RD de reutilización.

las condiciones establecidas en el Plan de gestión del riesgo, lo que podrá realizarse a través de un certificado emitido por una entidad colaboradora de la Administración hidráulica (art. 109.2 *quater* TRLA).

Ahora bien, esto que es tan importante para el buen funcionamiento de la reutilización ha vuelto a quedar indeterminado en el nuevo diseño legal (y parece que, también, en el inminente desarrollo reglamentario). En efecto, la indefinición de algunos aspectos jurídicos de la reutilización, consecuencia directa del carácter técnico del RD 1620/2007, que planteaba dificultades de aplicación para las administraciones públicas fue pronto puesta de manifiesto por GONZÁLEZ MARTÍNEZ (2010, p. 370 y ss). Era y sigue siendo el caso de la responsabilidad de las distintas Administraciones públicas implicadas en los controles, de la indeterminación o falta de concreción en los mecanismos de cooperación interadministrativa, o de los instrumentos de seguimiento y control de las concesiones ya otorgadas. No siendo esta una cuestión baladí pues, como se ha señalado con acierto, desde el punto de vista de un organismo de cuenca estas carencias son relevantes al afectar al ejercicio de sus funciones ordinarias de otorgamiento y gestión de concesiones y autorizaciones. Así, cuando el RD 1620/2007 obligaba al titular de una concesión o autorización de reutilización a realizar un autocontrol (análisis de parámetros) con valores máximos admisibles diferentes en función del uso al que destinara las aguas, no se concretó ante qué Administración ni con qué frecuencia debía acreditar dicho cumplimiento. Ello derivó en disparidad de criterios y cada organismo de cuenca adoptó una solución diferente: a veces introduciendo una obligación al respecto en su plan hidrológico de cuenca; en otras, caso por caso en la correspondiente resolución de la concesión o, en último extremo, dejando en manos del propio organismo solicitar, con la periodicidad que considerara (o pudiera) los análisis correspondientes (HERNÁNDEZ LÓPEZ, S., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. C., 2023, p. 234). Ahora bien, según advierten estos autores (*ibidem*, p. 246-247) la adaptación al Reglamento europeo 2020/741 ha permitido ajustar algunas de las carencias jurídicas referidas, como la del seguimiento ordinario del cumplimiento de los valores de calidad de las aguas regeneradas, entendiendo que las tareas de seguimiento en el punto de cumplimiento corresponderán a la administración hidráulica mientras que, en el lugar de uso (reutilización) a la administración sanitaria. Lo que, a su juicio, como al de todos, “no es más que un ejemplo de la necesaria colaboración que deberá seguir existiendo entre ambas administraciones para evitar duplicidades” (cit. p. 247).

En todo caso, la inspección del sistema de reutilización – que podrá consistir en visitas a las instalaciones, en la supervisión del cumplimiento de las normas de calidad del agua regenerada, en la comprobación y verificación de las actividades de autocontrol, en el control de los locales y los equipos y su mantenimiento – tendrá que comprobar si las instalaciones controladas cumplen los requisitos medioambientales y sanitarios pertinentes establecidos en la concesión y/o autorización (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, 2010, pp. 370) así como, ahora también, en el Plan de gestión del riesgo de las aguas regeneradas. Las dos administraciones responsables deben velar porque las inspecciones tengan por objeto conseguir un nivel elevado de protección del dominio público hidráulico, del medio ambiente y de la salud de las personas y los animales. Además, la coordinación que cabe esperar entre ambas debe llevarles a que se presten asistencia mutua mediante el intercambio de la información pertinente e incluso, si procede, realizando inspecciones conjuntas.

Resulta así evidente la ineludible necesidad de coordinación que debe haber entre las Administraciones hidráulica y sanitaria implicadas en los procedimientos en materia de reutilización, dado el diverso ámbito territorial y competencial en el que desarrollan sus actuaciones. Pensemos, por ejemplo, en que los programas de inspección serán por lo general a nivel de demarcación hidrográfica⁶ en el caso de los Organismos de cuenca, y autonómico o provincial para la administración sanitaria, siendo por lo tanto deseable que exista una adecuada coordinación entre ambos.

4. Régimen sancionador. ¿Quién sanciona el incumplimiento?

El TRLA no concreta las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de los sujetos de la actividad de reutilización detectadas en los controles que lleven a cabo las Administraciones competentes. El artículo 11.2 del RD 1620/2007 señala que “El incumplimiento de las obligaciones derivadas del condicionado de la concesión o autorización de reutilización será sancionado con arreglo a lo dispuesto en el título

⁶ Entendiéndose por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas. Y por cuenca hidrográfica la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta (arts. 16 y 16.1 *bis* del TRLA).

VII del texto refundido de la Ley de Aguas”, de lo que pudiera parecer desprenderse que sólo el Organismo de cuenca es el competente para tramitar la sanción correspondiente. O que en caso de que los controles realizados por la autoridad sanitaria revelen incumplimientos tendría esta que dar traslado al Organismo de cuenca para que actúe (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, 2010, pp. 373-374). Naturalmente, tal remisión debe aplicarse exclusivamente a aquellas infracciones relativas a la gestión y uso del recurso hídrico que implican afección al dominio público hidráulico. Por el contrario, los incumplimientos de la calidad del agua que pongan en riesgo la salud de las personas habrán de sancionarse por la autoridad sanitaria conforme a su legislación específica. Sobre el particular, el proyecto de reglamento de reutilización (de mayo de 2024) manejado para este trabajo cristaliza el referido carácter bifronte que es consustancial a la actividad de reutilización de las aguas regeneradas y las dos Administraciones implicadas en su inspección y control. En efecto, el artículo 30 dedicado a las “Sanciones”, distingue los ámbitos hídrico y sanitario en los que se pueden producir los incumplimientos en el ejercicio de la actividad de reutilización disponiendo que

- “1. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del condicionado de la concesión o autorización será sancionado con arreglo a lo dispuesto en el título VII del TRLA y en el capítulo I del título V del RDPH.
2. El incumplimiento de lo establecido en este real decreto en materia de salud pública se sancionará de acuerdo con lo dispuesto en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, sin perjuicio de los regímenes sancionadores establecidos por la normativa sectorial vigente.”

Este artículo sin duda refleja esas dos realidades y ámbitos que se ven involucradas en la actividad de reutilización, pero no supone novedad respecto del régimen expuesto. Por lo tanto, seguirá siendo imprescindible la coordinación entre ambas Administraciones en las labores de inspección y control del cumplimiento de los títulos habilitantes. De hecho, la remisión a la Ley General de Salud Pública y a la normativa sectorial (ambiental, laboral) conlleva también la aplicación de las infracciones sanitarias previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (de acuerdo con el art. 57.2 LGSP). Ambas normas permiten, sin perjuicio de la sanción económica que pueda corresponder y en los supuestos de infracciones muy graves, acordar el cierre temporal de los establecimientos o servicios por un plazo máximo de cinco años (*ex arts.* 58.2 LGSP y 36.2 LGS).

En conclusión, ha quedado claro que la coordinación que debe haber entre las Administraciones hidráulica y sanitaria implicadas en los procedimientos en materia de reutilización de las aguas es una exigencia ineludible, tanto antes de otorgar los títulos habilitantes para desarrollar la actividad como después, durante su funcionamiento. Y ello porque constituye una importante garantía para asegurar que esta herramienta tan relevante en la lucha contra la escasez de recursos hídricos se desarrolle en condiciones de seguridad para las personas, los animales y el medio ambiente.

Bibliografía

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ J.C. (2010): “El control administrativo de la reutilización de las aguas regeneradas”, en NAVARRO CABALLERO T. M. (Coord.), *El nuevo marco de la reutilización de las aguas regeneradas. Estudios jurídico-técnicos*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia
- HERNÁNDEZ LÓPEZ S., GONZÁLEZ MARTÍNEZ J. C., (2023): “Reutilización de aguas regeneradas en la cuenca del Segura. Adaptación al reglamento (UE) 2020/741: retos y oportunidades”, en *V Congreso Nacional del Agua. Libro de Actas*, MELGAREJO MORENO, J., LÓPEZ ORTIZ, M. I., FERNÁNDEZ ARACIL, P. (coords.), Universidad de Alicante, Alicante
- NAVARRO CABALLERO T. M. (2023): “El papel de la reutilización en la gestión sostenible del agua”, en *Derecho y agua en el horizonte 2030*, FERNÁNDEZ PRIETO, M (Coord.), Aranzadi (2023): “El reglamento europeo de reutilización del agua y la directiva de calidad de las aguas de consumo humano. Principales novedades”, en *Observatorio del ciclo del agua 2022*, TORNOS MAS, J. (dir.), Thomson Reuters Aranzadi

¿Ha llegado la hora de concluir el proceso de ratificación del Protocolo Adicional a la CEAL sobre el derecho a participar en los asuntos de las autoridades locales?

NOELIA BETETOS AGRELO

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local. – 2.1. Los mecanismos previstos en el Ordenamiento jurídico español para hacer efectivo el derecho a participar en los asuntos locales. – 2.2. Las recomendaciones del Comité de Seguimiento del Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa al Reino de España. – 3. El inconcluso proceso de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local. – Bibliografía.

1. Introducción

En el Ordenamiento jurídico español, la participación ciudadana está protegida y tutelada al más alto nivel normativo. Así, tanto en el artículo 9.2, como en el 23.1 de la Constitución Española, se reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos, otorgándoles la facultad de colaborar con las administraciones públicas para precisar los fines de interés general prioritarios e intervenir en el proceso de toma de decisiones¹. El reconocimiento de este derecho constitucional hace surgir un correlativo deber, en virtud del cual se impone a los poderes públicos la obligación de diseñar e implementar todos aquellos instrumentos que sean necesarios para hacerlo efectivo.

La participación ciudadana *lato sensu*, esto es, no ceñida exclusivamente al ejercicio de los derechos civiles en el ámbito de la democracia representativa, sino reforzada mediante la utilización de mecanismos de participación directa, es, hoy en día, un pilar esencial para contrarrestar los efectos derivados de la crisis de legitimación democrática que sufren nuestras instituciones².

¹ Vid. R. RIVERO ORTEGA y Z. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, “Capítulo XXI. Participación ciudadana en el ámbito local”, en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2011, p. 1422.

² La necesidad de avanzar en esta dirección, de reconocer un rol activo al ciudadano en la determinación y en la defensa de los intereses públicos fue advertida tempranamente

Tanto en la doctrina como en las principales instituciones europeas y nacionales³, existe un amplio consenso acerca de que uno de los métodos más eficaces para combatir este déficit democrático requiere del establecimiento de fórmulas dirigidas a promover y facilitar la participación de la ciudadanía en la gestión de los asuntos locales, al ser, estas administraciones las entidades más próximas a ellos y aquellas con las que se sienten más identificados⁴. Así, por ejemplo, el propio artículo 1.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL), dispone que los municipios son las entidades básicas de la organización territorial del Estado, y, por tanto, cauces inmediatos de la participación ciudadana en los asuntos públicos.

Fruto de la voluntad de reforzar la participación de los vecinos en el ámbito local se aprobó el Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local, instrumento cuyo análisis constituye el objeto de la presente comunicación. En concreto, en este estudio se abordará, en primer lugar, el examen de los distintos mecanismos de participación previstos en el Ordenamiento jurídico español para garantizar este derecho a nivel local, con el objetivo de verificar si la normativa interna se ajusta al estándar previsto en el Protocolo Adicional. En segundo lugar, se expondrán sucintamente las recomendaciones efectuadas por el Comité de Seguimiento de la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local respecto a la falta de ratificación del mencionado Protocolo por el Reino de España. Y, finalmente, se concluirá dejando constancia del intento fallido llevado a cabo por el gobierno español para ratificar dicho instrumento jurídico.

2. *El Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local*

El Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local sobre el derecho a participar en los asuntos de una Entidad local fue aproba-

por S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, p. 531.

³ En este sentido y sin ánimo exhaustivo, se orientan la Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, Libro Blanco de la gobernanza europea o la reciente Recomendación (UE) 2023/2836 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2023, sobre la promoción del compromiso y la participación efectiva de los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil en los procesos de elaboración de políticas públicas.

⁴ Vid., sobre este concreto particular, E. EXPÓSITO, "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", en J.L. BERMEJO LATRE y S. CASTEL GAYÁN (eds.), *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013, p. 363.

do, por el Consejo de Europa, en Utrecht, el 16 de noviembre de 2009. Dicho instrumento tiene como objetivo complementar las disposiciones de la Carta Europea de Autonomía Local (en lo sucesivo, CEAL⁵) para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos locales, entendido este último, como la facultad atribuida a los particulares de tratar de determinar e influir en el ejercicio de las competencias y responsabilidades de las administraciones locales⁶.

2.1. Los mecanismos previstos en el Ordenamiento jurídico español para hacer efectivo el derecho a participar en los asuntos locales

Para dar cumplimiento a las obligaciones previstas en el Protocolo Adicional, los Estados firmantes han de adoptar e implementar un conjunto de medidas que permitan a los ciudadanos participar de forma efectiva en los asuntos de relevancia municipal. En este sentido, el artículo 1.1 del citado Protocolo impone la obligación de garantizar este derecho a todos los individuos que se encuentren bajo la jurisdicción de la respectiva Entidad local⁷, sin que sea posible introducir discriminaciones injustificadas entre los habitantes de una misma comunidad. Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce un amplio margen de apreciación a

⁵ El Reino de España concluyó el proceso de ratificación de la Carta Europea de Autonomía Local el 20 de enero de 1988, aunque se exceptuó la aplicación del artículo 3.2 de la misma, relativo a la elección directa de todos los miembros de las Entidades locales. Sobre la incidencia de la CEAL en el Ordenamiento jurídico español se pueden consultar las aportaciones de: A. GALÁN GALÁN y R. GRACIA RETORTILLO, *La incorporación de la Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento local español*, en T. FONT I LLOVET (dir.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Serie Claves 30, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019, pp. 43 a 120; I. LASAGABASTER HERRARTE, en *La Carta Europea de la Autonomía Local*, Iustel, Madrid, 2007; L. I. ORTEGA ÁLVAREZ, “La Carta Europea de la autonomía local y el ordenamiento local español”, en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 259, 1993, pp. 475 a 498.

⁶ Esta definición del término “participación ciudadana” se emplea en el artículo 1.2 del Protocolo Adicional, pero también ha sido aceptada por la doctrina, tal y como se refleja en los siguientes estudios: M. SÁNCHEZ MORÓN, “Información y participación ciudadana en la Administración Local”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 3, 1993-1994, p. 87; S. FERNÁNDEZ RAMOS, en *La información y participación ciudadana en la administración local*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 26 y 27.

⁷ Vid., en este sentido, A. GALÁN GALÁN y R. GRACIA RETORTILLO, *La incorporación de la Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento local español*, en T. FONT I LLOVET (dir.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Serie Claves 30, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019, p. 65.

los Estados para establecer reglas especiales que tengan en cuenta las diferentes circunstancias personales, y, específicamente, el vínculo que une a esos individuos con el territorio⁸.

Aunque el Protocolo Adicional carece de una enumeración exhaustiva acerca de los concretos instrumentos que han de implementarse en los Estados parte para asegurar que el Ordenamiento jurídico interno se ajusta a sus disposiciones, sí que se han incorporado algunas previsiones generales, que constituirán el estándar mínimo que ha de respetarse en todos ellos.

En primer lugar, se contempla una obligación genérica, dirigida principalmente al legislador, de habilitar mecanismos para que las Entidades locales permitan, promuevan y faciliten el derecho a participar en las cuestiones de relevancia local en sus respectivos territorios⁹. Correlativamente, a nivel interno, el artículo 69 de la LRBRL, impone a las corporaciones locales la obligación de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

Las Entidades locales han de implementar todas las formas, medios y procedimientos de participación directa que estimen convenientes para hacer plenamente efectivo este derecho. La integración de estos instrumentos de participación se llevará a cabo mediante la aprobación de los reglamentos orgánicos en los que se reflejarán las particularidades de cada Entidad local (artículo 70 *bis* apartado primero de la LRBRL)¹⁰. Ahora bien, en ningún caso, el establecimiento de vías de participación directa podrá emplearse como mecanismo para menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos elegidos por sufragio universal.

En segundo lugar, se han de establecer canales específicos destinados a fomentar la participación de las personas, a través de procedimientos de consulta, referéndums y peticiones locales¹¹. Además, en las Entidades

⁸ Vid. el artículo 1.3 del Protocolo Adicional.

⁹ En este sentido, el artículo 18.1. b) de la LRBRL, al regular los derechos y deberes que corresponden a los vecinos en el ámbito local, incluye, entre ellos, “la participación en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal”.

¹⁰ Sobre los reglamentos orgánicos de participación ciudadana se puede consultar: J. M. PORRO GUTIÉRREZ, *Participación ciudadana en el ámbito local: aproximación a la estructura normativa desde los reglamentos de participación ciudadana*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012, pp. 395 y ss.

¹¹ El ejercicio del derecho de petición se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

locales de grandes dimensiones, será necesario adaptar los procedimientos de participación existentes, con el fin de acercar, lo máximo posible, los centros de toma de decisiones a los ciudadanos.

Así, por un lado, en el artículo 18.1.f) de la LRBRL se reconoce el derecho de los vecinos a solicitar la realización de consultas populares¹². Este precepto ha de completarse con lo dispuesto en el artículo 71 de esa misma ley, en donde se establece que podrán someterse al procedimiento de consulta todos aquellos asuntos de competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos¹³, siempre que dicha iniciativa haya sido respaldada por la mayoría absoluta del Pleno de la Entidad local, y se haya recabado y obtenido la preceptiva autorización del Gobierno de la Nación¹⁴.

Por otro lado, por lo que respecta a la adaptación de los mecanismos de participación en el ámbito de los municipios de gran población, en el artículo 128 de la LRBRL se disciplina la obligación de crear distritos, configurados como órganos territoriales de gestión desconcentrada, dirigidos a aproximar los centros de toma de decisiones a los habitantes de cada comunidad¹⁵.

En tercer lugar, el Protocolo Adicional insta a que se habiliten mecanismos para asegurar que los ciudadanos tengan acceso a los documentos

¹² Existen numerosas aportaciones doctrinales que se han ocupado de analizar en profundidad las consultas populares a nivel local, tanto aquellas de carácter referendario como las que no reúnen dichas condiciones. Entre ellas, se pueden destacar, sin ánimo de exhaustividad: T. FONT I LLOVET, *El referéndum local en España*, en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 2-3, 1987, pp. 4 a 31; A. BUENO ARMÍJO, *Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008, pp. 195-228; o, más recientemente, E. ORDUÑA PRADA, *Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales*, en *Anuario del Gobierno Local Ejemplar dedicado a: Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales*, núm. 1, 2017, pp. 47 a 92.

¹³ De conformidad con el artículo 71 LRBRL no podrán ser objeto de consulta popular los asuntos relativos a la hacienda local.

¹⁴ En estos supuestos la autorización del gobierno central se configura como un requisito preceptivo para la válida celebración de los procedimientos de consulta popular de ámbito local, tal y como pone de manifiesto M. J. GARCÍA GARCÍA, *La celebración de consultas populares locales a petición de los vecinos*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009, pp. 79 y ss.

¹⁵ Sobre las particularidades del ejercicio del derecho de participación ciudadana en el ámbito de los distritos se puede consultar: R. GALINDO CALDÉS, *Capítulo 7. La descentralización del Gobierno local y la participación ciudadana*, en T. FONT I LLOVET (dir.), *Las reformas y propuestas de reforma de la legislación local, 1999-2022*, Diputación de Barcelona y Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, pp. 177 y ss.

oficiales que estén en poder de las Entidades locales¹⁶. Con esta medida se pretende lograr un doble efecto: por un lado, simplifica la tarea de los vecinos de fiscalizar la actuación de sus respectivas administraciones a nivel local; y, por otro lado, también permite conocer toda la información relevante sobre los asuntos públicos para poder adoptar mejores decisiones, cuando ejerzan su derecho a la participación ciudadana. En España, esta previsión ha de entenderse cumplida, en tanto que las Entidades locales se hallan sujetas a las obligaciones derivadas de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁷, así como a las respectivas normas autonómicas que inciden sobre esta materia y que resultan de aplicación en el ámbito local.

En cuarto lugar, se exige que, en los Ordenamientos de los Estados parte en dicho Protocolo Adicional, se contemplen medidas útiles que sirvan para contrarrestar los obstáculos a los que se enfrentan determinados colectivos de vecinos, con el objetivo de asegurar su efectiva participación en los asuntos locales. En este sentido, aunque a nivel básico, en la LR-BRL, no se ha introducido ninguna previsión específica a este respecto, en algunas leyes autonómicas sobre participación ciudadana, dentro de sus principios rectores o al definir la finalidad perseguida por ellas, es posible encontrar referencias expresas a la necesidad de fomentar de modo especial la participación de las mujeres, de las personas menores de edad, de las personas mayores y de los colectivos en situación de vulnerabilidad¹⁸.

En quinto lugar, se ordena la creación de mecanismos y procedimientos para tramitar y responder a las quejas y propuestas relativas al funcionamiento de las Entidades locales. A esta exigencia, sin perjuicio de que existan otros sistemas, dan respuesta los artículos 20.1. d) y 132 de la LR-BRL que imponen al Pleno de los municipios de gran población la obligación de constituir una Comisión especial de Sugerencias y Reclamaciones. Dicha Comisión será la encargada de supervisar la actividad de la Administración municipal para dar cuenta al Pleno de las quejas presentadas y de las deficiencias observadas en el funcionamiento de los servicios

¹⁶ Vid. los artículos 69.1 y 70 *bis* apartados segundo y tercero de la LR-BRL.

¹⁷ Vid. el artículo 2.1. a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

¹⁸ Vid., en este sentido y sin ánimo de exhaustividad; el artículo 2. f) de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía; el artículo 3. j) de la Ley 8/2019, de 13 de diciembre, de Participación de Castilla-La Mancha; o el artículo 3.2.10 de la reciente Ley 4/2023, de 13 de abril, de Participación Ciudadana y Fomento del Asociacionismo de la Comunitat Valenciana.

municipales, especificando si las sugerencias o recomendaciones de mejora formuladas por ella han sido tenidas en cuenta o no por el ayuntamiento. Como regla general, esta previsión no resulta aplicable preceptivamente al resto de los municipios. No obstante, será posible constituir una Comisión Especial de Sugerencias y Reclamaciones en aquellos ayuntamientos en los que el Pleno así lo acuerde, por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, o cuando su creación se contemple en el correspondiente reglamento orgánico.

Por último, el Protocolo Adicional hace referencia a la necesidad de aprovechar las ventajas derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones para promover y simplificar el ejercicio del derecho a participar en los asuntos de relevancia local. En este sentido, en el 2013, con la promulgación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, se introdujo un nuevo apartado ñ) en el artículo 25.2 LRBRL, en virtud del cual se reconoce como competencia propia de las Entidades locales la promoción de la participación ciudadana en los asuntos de relevancia local en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Además, en el artículo 70 *bis* apartado tercero de la LRBRL se dispone que todas las Entidades locales y, en particular, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar y mejorar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas e, incluso, de consultas ciudadanas. A su vez, las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares deben colaborar activamente con los pequeños municipios y micromunicipios¹⁹, cuando la falta de capacidad económica y de gestión no les permita implementar de forma efectiva este tipo de alternativas tecnológicas.

2.2. Las recomendaciones del Comité de Seguimiento del Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa al Reino de España

En 1998, el Reino de España ratificó la Carta Europea de Autonomía Local. Desde ese año, se han emitido un total de tres Informes, referi-

¹⁹ Se remite a la definición de pequeños municipios y micromunicipios formulada por M. ALMEIDA CERREDA, “Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023, pp. 62 a 64.

dos a nuestro país, por parte del Comité de Seguimiento del Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa (*Monitoring Committee*), como órgano encargado de verificar el grado de cumplimiento de las disposiciones de la CEAL en los Estados parte.

El último de ellos, publicado en septiembre de 2021, reitera algunas de las consideraciones efectuadas en el Informe previo de 2012, relativas a la preocupación del Comité de Seguimiento por la falta de ratificación de la Carta de Utrecht o Protocolo Adicional por el Estado español.

En dicho Informe, el mencionado Comité manifestaba su desconcierto ante la inactividad del Gobierno de España por lo que respecta a la ratificación del Protocolo Adicional, en tanto que, tras las comprobaciones efectuadas para verificar el grado de cumplimiento de las previsiones contenidas en la CEAL, se constató que el Ordenamiento jurídico español cuenta con un conjunto de reglas y buenas prácticas en materia de participación de los ciudadanos en los asuntos locales que se ajusta y supera las exigencias requeridas por tal instrumento²⁰. Por tanto, *a priori*, no existiría ningún motivo que impidiese su inmediata ratificación.

Como aspectos positivos se destacaron, principalmente, el hecho de que se reconociese el derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales a los no nacionales que tengan su residencia legal en alguno de los municipios españoles, y al resto de ciudadanos europeos o de un tercer Estado con el que España tenga un suscrito un acuerdo de reciprocidad en este sentido.

Asimismo, el Comité de Seguimiento también declaró que las alternativas de participación directa previstas en la normativa española, estatal y autonómica, se ajustan al estándar requerido por el Protocolo Adicional²¹.

²⁰ En este sentido, en los apartados 265, 268 y 269 del *Informe Monitoring of the application of the European Charter of Local Self- Government in Spain*, 2021, p. 47, se hace constar que: “With regard to the right to participate in public affairs at local level in Spain, the rapporteurs note, exactly as the previous rapporteurs did in 2012, that Spain has good practices in this respect. [...] In this sense, the rapporteurs note that Spain, despite those positive examples on participation in public affairs, has not yet signed the Additional Protocol to the European Charter of Local Self-Government on the right to participate in the affairs of a local authority. Moreover, nothing in the present legal scheme would prevent that signature. Therefore, the rapporteurs encourage national authorities to sign and ratify the Additional Protocol in the near future”.

²¹ Este extremo consta en el apartado 267 del *Informe Monitoring of the application of the European Charter of Local Self- Government in Spain*, 2021, p. 47, en el que se dispone: “Another example of direct participation the rapporteurs would like to highlight are the consultative processes and local referendums provided by national and regional legislation and organized throughout Spain”.

3. *El inconcluso proceso de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Europea de Autonomía Local*

No es posible explicar las razones por las cuales no se ha procedido todavía a firmar y ratificar el Protocolo Adicional, pues esta cuestión fue discutida y sometida a votación con resultado positivo en el Congreso, tal y como consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 8 de marzo de 2017²².

Y ello como consecuencia de la presentación de una proposición no de ley, sobre el derecho de participación en los asuntos de la autoridad local y respeto a la autonomía local, formulada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea. En dicha propuesta, que constaba de tres puntos, se instaba al Gobierno: a que procediese a la ratificación del Protocolo Adicional de la Carta Europea de la Autonomía Local, siguiendo la recomendación efectuada por el Consejo de Poderes Locales y Regionales de Europa; a que promoviese la modificación del artículo 71 de la LRBRL, relativo a las consultas locales, con el objetivo de suprimir el inciso final de dicho precepto en el que se exige la previa autorización del Gobierno de la Nación; y que se efectuase una manifestación genérica del compromiso del Gobierno central con el ejercicio y la defensa de la autonomía local²³.

Efectuada la oportuna discusión de dichas propuestas en sede parlamentaria, se acordó proceder a la ratificación del Protocolo Adicional, tras haber obtenido 22 votos a favor, 15 abstenciones y ningún voto en contra. Sin perjuicio del resultado final de la votación, es necesario destacar que durante el debate parlamentario todos los partidos políticos se mostraron favorables a asumir los compromisos derivados del Protocolo Adicional, aunque este consenso no se reflejase en el número total de votos favorables finalmente emitidos para respaldar la propuesta.

No obstante, pese a haberse obtenido la mayoría necesaria para proceder a la ratificación y firma del Protocolo Adicional, el gobierno español ha permanecido inactivo por más de un lustro. Además, durante este

²² Se puede acceder las declaraciones efectuadas por cada uno de los partidos políticos sobre la propuesta no de ley sobre el derecho de participación en los asuntos de la autoridad local y el respeto a la autonomía local (número de expediente 161/001132) en el siguiente enlace: <https://lc.cx/fnbVri> (consultado en noviembre de 2024).

²³ Se puede acceder al texto íntegro de la propuesta no de ley formulada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos, En Comú Podem y En Marea en el siguiente enlace: <https://lc.cx/a6m4w0> (consultado en noviembre de 2024).

período, no se han explicado, sí las hay, las razones que justifican este comportamiento pasivo.

Esta desidia contrasta con la actuación de la mayoría de los Estados Miembros de nuestro entorno cercano que sí han ratificado dicho instrumento. En particular, se ha de destacar el caso de la República Italiana, que ha concluido recientemente este procedimiento mediante la publicación en la *Gazzetta Ufficiale n. 148 del 27/6/2023, la legge n. 77 dell'8/6/2023: Adesione al Protocollo addizionale alla Carta europea dell'autonomia locale sul diritto di partecipare agli affari delle collettività locali, fatto a Utrecht il 16 novembre 2009*²⁴.

A raíz de todo lo expuesto, se puede concluir que ha llegado la hora de proceder a la ratificación y firma inmediata del Protocolo Adicional, en tanto que no se ha identificado motivo alguno que impida su incorporación al acervo jurídico español.

²⁴ En este sentido, en septiembre de 2022 la República de Portugal también concluyó el proceso de ratificación del Protocolo Adicional. En cambio, otros Estados parte, entre los cuales se pueden citar, por ejemplo, a Alemania o Austria no han iniciado los trámites para incorporar dicho instrumento.

Bibliografía

- ALMEIDA CERREDA M., *Un posible régimen especial para los pequeños municipios: justificación, naturaleza, contenido y articulación*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 19, 2023.
- BUENO ARMIJO A., *Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, 2008.
- EXPÓSITO E., *Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa*, en J. L. BERMEJO LATRE, y S. CASTEL GAYÁN (eds.), *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS S., *La información y participación ciudadana en la administración local*, Bosch, Barcelona, 2005.
- FONT I LLOVET T., *El referéndum local en España*, en *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 2-3, 1987.
- GALÁN GALÁN A. y GRACIA RETORTILLO R., *La incorporación de la Carta Europea de Autonomía Local en el ordenamiento local español*, en FONT I LLOVET T. (dir.), *La Carta Europea de Autonomía Local a los treinta años de su aplicación: balance y perspectivas*, Serie Claves 30, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2019.
- GALINDO CALDÉS R., *Capítulo 7. La descentralización del Gobierno local y la participación ciudadana*, en FONT I LLOVET T. (dir.), *Las reformas y propuestas de reforma de la legislación local, 1999-2022*, Diputación de Barcelona y Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022.
- GARCÍA GARCÍA M. J., *La celebración de consultas populares locales a petición de los vecinos*, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 83, 2009.
- LASAGABASTER HERRARTE I., *La Carta Europea de la Autonomía Local*, Iustel, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO S., *Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 84, 1977, p. 531.
- ORDUÑA PRADA E., *Democracia local y participación ciudadana: nuevas perspectivas sobre consultas populares municipales*, en *Anuario del Gobierno Local Ejemplar dedicado a: Participación ciudadana y regeneración política. Retos de la gestión de los servicios públicos y de los derechos sociales*, núm. 1, 2017.
- ORTEGA ÁLVAREZ L. I., *La Carta Europea de la autonomía local y el ordenamiento local español*, en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 259, 1993.
- PORRO GUTIÉRREZ J. M., *Participación ciudadana en el ámbito local: aproximación a la estructura normativa desde los reglamentos de participación ciudadana*, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012.

RIVERO ORTEGA R. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ Z., *Capítulo XXI. Participación ciudadana en el ámbito local*, en MUÑOZ MACHADO S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Iustel, Madrid, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN M., *Información y participación ciudadana en la Administración Local*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 3, 1993-1994.

La integración de los recursos urbanos desde la perspectiva de la planificación del paisaje como factor determinante de la salud

PAULA GAMALLO CARBALLUDE

SUMARIO: 1. El paisaje en España como bien jurídico protegido. – 1.1. Introducción. – 1.2. La aportación jurisprudencial y el concepto antropocéntrico – 2. La planificación del paisaje entorno al derecho a la salud. – 2.1. El paisaje multifuncional. – 2.2. La correlación en el marco rural y urbano entorno al derecho a la ciudad. – 2.3 La necesidad de una política medioambiental de carácter local. – 3. Conclusiones finales.

1. *El paisaje en España como bien jurídico protegido*

1.1. *Introducción*

Para poder incardinar la integración de la planificación del paisaje dentro de los modelos organizativos y actuaciones administrativas en el ámbito sanitario, es necesario comprender primero la concepción del paisaje como bien jurídico protegido, ello con base en el propio cuidado del entorno que establece la CE. En España, los antecedentes que se disponen sobre la salvaguarda del medioambiente dentro del marco constitucional tienen su génesis en la Constitución del año 1931²⁵, que dentro de su artículo 45 definía que será deber del Estado la protección de una

²⁵ *Contratada predoctoral de la Xunta de Galicia en la Universidad de Vigo (paula.gamallo@uvigo.gal). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 11 de febrero de 2024.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ESPAÑOLA. 9 de diciembre de 1931. (online: https://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf, consultado el 9 de noviembre de 2023), artículo 45: “Toda riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguardia del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa. El Estados organizará un registro de la riqueza artística e histórica, asegurará su celosa custodia y atenderá a su perfecta conservación. El estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor artístico o históricos.”

serie de localizaciones importantes por su destacado valor histórico, artístico o natural, que pese a contemplar una “protección” de los mismos, esta presentaba una serie de restricciones.

Sin embargo, no es hasta la promulgación de la CE de 1978²⁶ cuando el legislador español realiza una empieza a profundizar en la determinación de la protección del entorno natural, ya que el artículo 45 concede el derecho a la totalidad de los ciudadanos de poder disfrutar del entorno natural apropiado para el desarrollo personal, así como los deberes claros de conservación del mencionado entorno, citando a los poderes públicos para que dediquen los recursos necesarios para garantizar un uso racional de los recursos de carácter natural. Todo ello, con el objetivo de salvaguarda y mejorar la calidad vida de los ciudadanos, debiendo cuidar del entorno natural, y contando para ello con la colaboración activa de la ciudadanía.

1.2. La aportación jurisprudencial y el concepto antropocéntrico

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 1995²⁷ profundiza y determina que medio ambiente no es solamente entorno natural, sino también antrópico, definiendo este último como como un grupo de elementos culturales, sociales y económicos que forman parte del entorno de las personas, y que brindan diversas posibilidades para poder desarrollar aspectos clave de su vida. Por lo tanto, lo que acertadamente viene a declarar el Constitucional es que el “medio natural” carente o escaso de elementos antrópicos (una selva virgen, una marisma protegida, los fondos oceánicos...) forma parte del medio ambiente; pero las ciudades y los pueblos (configuradas en gran medida por elementos culturales sociales y económicos) también forman parte del medio ambiente.

Así mismo, el TC menciona que el citado contexto lo conforman diversos aspectos climáticos, geológicos, biológicos, químicos, y propios de

²⁶ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 45: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

²⁷ STC 102/1995, de 26 de junio de 1995, BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:102.

la sociedad que les rodea, y que también ejerce sobre los mismos (ya sea de manera positiva o negativa), convirtiéndose en un condicionante de su propia existencia, su personalidad, y de su posible extensión. En este orden el TC también destaca el matiz antropocéntrico que contempla la CE para el medio ambiente²⁸, de tal forma que el entorno natural emerge como un aliciente para responder a las necesidades e intereses de los ciudadanos, y con la finalidad última de proteger al mismo²⁹.

En este orden de cosas, es importante destacar también la definición del artículo 45 de la CE, y que ha sido reiterada en diversas ocasiones por el TC³⁰, destacando de esta forma el binomio “derecho-deber” en las labores de protección, contemplando que el mismo es una labor colectiva, sin olvidar la función de los poderes públicos³¹.

Es precisamente en este punto donde, la posible racionalización de estos elementos desemboca a menudo en un conflicto, puesto que es necesario conocer la calidad y la cantidad de los recursos de los que se

²⁸ *Ibidem*. “El ambiente, por otra parte, es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica del medio, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.” “Se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección (art. 45 C.E.). En seguida, la conexión indicada se hace explícita cuando se encomienda a los Poderes públicos la función de impulsar y desarrollar se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (la agricultura, la ganadería, la pesca) y a algunos espacios naturales (zonas de montaña) (art. 130 C.E.), lo que nos ha llevado a resaltar la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos, el desarrollo con el medio ambiente”.

²⁹ J. SESSANO GOENAGA, “La protección penal del medio...”, cit., p. 18

³⁰ STC 194/2004, de 4 de noviembre de 2004, BOE núm. 279, de 2 de diciembre de 2004, ECLI:ES:TC:2004:194; STC 33/2005, de 17 de febrero de 2005, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2005, ECLI:ES:TC:2005:33; STC 138/2009, de 15 de junio de 2009, BOE núm. 172, de 17 de julio de 2009, ECLI:ES:TC:2009:138; STC 168/2012, de 1 de octubre de 2012, BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2012, ECLI:ES:TC:2012:168.

³¹ F. LÓPEZ RAMÓN, “El medio ambiente en la Constitución Española”. *Ambienta: La revista del Ministerio de Medio Ambiente*, 2015, no 113, p. 86. Acorde con esta premisa LÓPEZ RAMÓN también hace alusión al derecho colectivo en cuestión: “Una explicación alternativa del mecanismo de actuación del derecho colectivo al medio ambiente podría ser su configuración como un interés legítimo colectivo en la protección del medio ambiente. En efecto, dado que toda persona (y por extensión, los grupos) resulta afectada por las decisiones relativas al medio ambiente, no sería difícil concluir que tiene un interés en su preservación; interés cuyo carácter legítimo derivaría del artículo 45.1 de la Constitución. La adicional consideración del interés legítimo como colectivo derivaría, de nuevo, de su fundamento y significado solidarios”.

disponen, pero también promover planes (sectoriales y generales) que tengan como premisa la restauración y protección de los recursos, a la vez que se garantiza la puesta en marcha de los citados planes. Por este motivo, resulta esencial brindar una protección jurídica desde una premisa “antropocéntrica moderada”, lo que se traduce en la promoción de los intereses de las personas, sin dejar de lado los elementos que permiten proteger el entorno natural³².

En este orden de cosas, el uso racional y la salvaguarda de los recursos del entorno natural también se ha descrito por el TC solo unos años después de la promulgación de la CE, tal como se recoge en su Sentencia del 4 de noviembre de 1982³³. Por su parte, en la Sentencia del 26 de junio se describe la necesidad de promover una solidaridad de carácter colectivo permitiendo así garantizar el uso general del entorno natural, al igual que los consecuentes deberes para la conservación de dicho entorno³⁴.

De esta manera, pese a que nuestra carta magna define los elementos propios del entorno natural, ha sido el TC el que ha realizado una categorización más extensa de la citada en la CE, tal como se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio 1995³⁵ y es que, lo que denominamos “entorno natural”, se identifica como el bien jurídico protegido para la normativa de España, especialmente, por parte del Derecho Ambiental, atendiendo a lo descrito por MARTOS NÚÑEZ³⁶.

³² J. FUENTES OSORIO, “¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2012, no 14, p. 11.

³³ STC 64/1982, de 4 de noviembre de 1982, BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1982, ECLI:ES:TC:1982:64.

³⁴ L. RODRIGUEZ RAMOS, “Presente y futuro de la protección penal...”, cit., p. 238.

³⁵ Tal como continúa exponiendo la STC 102/1995, de 26 de junio de 1995, BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:102: “o sólo la fauna, sino también la flora forman parte de este conjunto cuyo soporte físico es el suelo (y el subsuelo) que puede ser visto y regulado desde distintas perspectivas, como la ecológica, la dasocrática o forestal, la hidrológica, la minera o extractiva, la cinegética y la urbanística, a título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo, que en su dimensión constitucional dan contenido a distintos títulos habilitantes para el reparto de distintas competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.”

³⁶ J. MARTOS NÚÑEZ, “La protección jurídico-penal del medio ambiente” (pp. 329-344). En A. RUÍZ DE LA CUESTA, *Bioética y derechos humanos: implicaciones sociales y jurídicas*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005.

2. La planificación del paisaje entorno al derecho a la salud

2.1. El paisaje multifuncional

Durante el transcurso del tiempo, la intervención del hombre, la convivencia con la naturaleza y los propios cambios medioambientales han tenido un impacto en el paisaje, generando una serie de cambios sustanciales. Pese a que muchos de los cambios en cuestión son fruto del propio transcurso natural de los años, muchas veces el hombre incide sobre esos fenómenos naturales, y de forma deliberada (por ejemplo, provocando lluvia artificial, regenerando playas que se ha llevado la marea, talando bosques...) o no deliberada (extinción de especies animales y vegetales, introducción de especies invasivas, todas las consecuencias que estamos viviendo del cambio climático) las altera. Existen, por tanto, una serie de elementos que pueden aplicarse en todas las labores antrópicas, que tienen relación directa con el paisaje natural³⁷.

Por ello, son cada vez más los gobiernos e instituciones que impulsan el desarrollo de herramientas y estrategias que ayuden a conseguir un “paisaje multifuncional”: un paisaje sostenible, habitable y biodiverso, capaz de ofrecer resultados a largo plazo (sostenibilidad) y con cualidades apreciadas tanto por los usuarios del suelo como por las partes interesadas (habitabilidad), incluido el sustento de una gran variedad de organismos (biodiversidad).

2.2. La correlación entre el marco rural y urbano entorno al derecho a la ciudad

Surgen una serie de dudas sobre las características, calidad de vida y salubridad que se presentan en entornos rurales o urbanos³⁸. A pesar de la exposición de los hechos y las razones esgrimidas para apoyar una u

³⁷ En este sentido resulta esencial tener en mente las palabras de BUSTILLO en referencia a la forma en que se concibe el paisaje: “El paisaje no es solo lo que se ve, también es preceptivo considerar aquella parte del territorio que el ser humano es capaz de percibir mediante otros sentidos como el oído, el olfato o incluso el tacto, con el que se puede apreciar la brisa y el viento, la humedad del aire o la sombra en un día de sol. Todo eso también es paisaje. Y tiene repercusiones jurídicas.” En R. O. BUSTILLO BOLADO, “El concepto multisensorial del paisaje y su proyección jurídica sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2020, vol. 29, no 92, p. 92.

³⁸ R. JIMÉNEZ BORAITA; D. ARRISCADO ALSINA, E. GALLARDO IBORT, J. M. DALMAU TOR-

otra opción como lugar propicio y mejor para residir, sigue existiendo un amplio debate al respecto, el cual también se ha visto exacerbado por el desarrollo de la reciente pandemia mundial³⁹.

La transformación de las ciudades y los entornos rurales ha sido profunda, abarcando cambios no solo en su estructura física, sino también en sus dinámicas sociales, económicas, culturales y ambientales. Este nuevo panorama urbano presenta desafíos diversos y de gran alcance. Como consecuencia, el ámbito del Derecho público, especialmente el Derecho administrativo, no permanece ajeno a esta realidad⁴⁰.

Entre los desafíos urbanísticos que emergen, destacan aquellos relacionados con protección y promoción de los derechos de todos los ciudadanos en y desde el entorno urbano. En este sentido, el régimen jurídico-administrativo de las ciudades se sitúa en lo que se conoce como el “derecho a la ciudad”⁴¹.

A tenor de ello, es posible determinar que el derecho a la ciudad reconoce la importancia de que los habitantes urbanos tengan acceso equitativo a servicios básicos, vivienda digna, espacios públicos seguros y oportunidades de desarrollo. En este orden de cosas, el derecho a la ciudad representa un marco jurídico y conceptual que busca proteger y promover los derechos humanos y el bienestar de los habitantes urbanos, reconociendo la importancia central de las ciudades en la vida contemporánea y la necesidad de abordar los desafíos que surgen en este entorno dinámico y cambiante⁴².

El derecho a la ciudad representa el paradigma urbano de los derechos humanos, ofreciendo un criterio de evaluación de la calidad de vida

RES, “Hábitos y calidad de vida relacionada con la salud: diferencias entre adolescentes de entornos rurales y urbanos”. *Anales de Pediatría*, 2022, vol. 96, no 3, p. 198.

³⁹ M. RAKAUSKAS, N. J. WARD, S. G. GERBERICH, “Identification of differences between rural and urban safety cultures”. *Accident Analysis & Prevention*, 2009, vol. 41, no 5, p. 932.

⁴⁰ J. RASTROLLO SUÁREZ, A. E. FERRARO CIBELLI, “Un nuevo urbanismo para Europa: los fondos europeos de recuperación y su proyección en el futuro de las ciudades”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2022, no 123, p. 8.

⁴¹ A. AGUILERA-RODRÍGUEZ, “Derecho a la ciudad: ¿solo para la ciudad?”. *Ciudad y Territorio Estudios Territoriales*, 2022, vol. 54, no 213, pp. 545-562. 548. El derecho a la ciudad se define en esta obra de la siguiente forma: “Comprender que el derecho a la ciudad, trasciende del disfrute de los derechos relativos a los recursos urbanos en los contextos ciudadanos a los distintos asentamientos humanos existentes, obliga a valorarlo desde su vínculo tan estrecho con el hábitat y la urbanización. Estos devienen aspectos que, a pesar de estar marcados por un carácter polisémico en lo referido a su concepción y alcance, como regularidad sirven de acicate para admitir su sinergia y los impactos que se generan desde ellos”.

⁴² J. BORJA, “Derecho a la ciudad, de la calle a la globalización”. *Monografías CIDOB*, 2019, vol. 76, p. 37.

a través de la garantía efectiva de una amplia gama de derechos: la vivienda, el medio ambiente, la salud, la seguridad...⁴³. Es crucial subrayar que el término “derecho a la ciudad” se refiere a un derecho único y colectivo, no simplemente a una suma de derechos individuales. Se trata de un enfoque integral que reconoce la interdependencia y la interrelación de diversos aspectos que influyen en la calidad de vida urbana⁴⁴.

La inclusión del derecho a la ciudad ha impulsado un amplio y vigoroso debate en los ámbitos social, político y jurídico acerca de la vida urbana y sus dinámicas. Este debate refleja la necesidad de repensar y redefinir las políticas y prácticas urbanas⁴⁵. En este sentido, es de vital importancia de abordar cuestiones relacionadas con los espacios públicos urbanos, las infraestructuras y servicios urbanos, la imperiosa regulación heterogénea del uso del suelo, así como la necesidad de flexibilizar los instrumentos y técnicas urbanísticas para adaptarse a las demandas cambiantes de las ciudades contemporáneas⁴⁶.

2.3. La necesidad de una política medioambiental de carácter local

Amén de lo anterior, uno de los elementos que se encuentra estrechamente relacionado con la protección del paisaje y el derecho a la ciudad, es la política medioambiental urbana. La política en cuestión desempeña un papel crucial en la protección de la salud pública y la promoción de la cohesión social en las ciudades. El uso responsable de los recursos naturales, en línea con el principio de desarrollo urbano sostenible, tiene como objetivo primordial salvaguardar tanto el medio ambiente como la salud de los ciudadanos que residen en las grandes urbes y sus alrededores⁴⁷.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Acorde con lo dispuesto por L. CORREA MONTOTOYA, “¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos”. *Territorios*, 2010, no 22, p. 126: “el derecho a la ciudad como derecho colectivo se presenta jurídicamente desde tres facetas necesarias: (a) el usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer a sus habitantes, (b) el mandato de construcción colectiva y participativa de los asuntos de ciudad y (c) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos. este es un derecho del cual son titulares los ciudadanos ampliamente considerados, y del cual es responsable, en concreto, la autoridad pública de la ciudad; sin embargo, dada su naturaleza compleja, se hace necesario un sistema de corresponsabilidades para hacerlo efectivo.”

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ F. MORENO RODRÍGUEZ, “La Unión Europea, un ejemplo a seguir en la consecución

Desde la reforma del régimen local en 2013, las competencias municipales en materia medioambiental se centran específicamente en el entorno urbano. Esto abarca la gestión de parques y jardines públicos, el manejo de los residuos sólidos y la protección respecto a la contaminación acústica, lumínica y atmosférica que se puede producir en las áreas urbanas⁴⁸.

Sin embargo, es en la legislación ambiental, tanto a nivel estatal como autonómico, donde las competencias locales pueden extenderse más allá del ámbito urbano. Si bien la legislación urbanística y sectorial incorpora requisitos ambientales que limitan el margen de decisión del planificador municipal, la política local de protección medioambiental encuentra en el planeamiento urbanístico uno de sus principales instrumentos⁴⁹.

Es importante reconocer que las leyes y regulaciones ambientales establecen directrices y normativas que influyen significativamente en la toma de decisiones a nivel municipal, incluso más allá de los límites de las áreas urbanas. Las autoridades locales deben cumplir con los requisitos y estándares ambientales establecidos a nivel nacional y regional en el desarrollo de sus políticas y acciones medioambientales⁵⁰.

La integración de criterios ambientales en los planes urbanísticos puede contribuir y contribuye a la promoción de prácticas de desarrollo sostenible, la preservación de la biodiversidad, la mitigación del cambio climático, creación de espacios verdes... tal como recoge GARCÍA MORALES⁵¹, pero ello pasa por un necesario “laissez faire” al legislador local.

3. Conclusiones

Tal y como hemos adelantado, en la definición constitucional del medio ambiente, se destaca no solo su dimensión ecológica, sino también su

de ciudades inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles”. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2020, vol. 54, no 341, p. 49.

⁴⁸ La vigente redacción del artículo 25.2, b) fue introducida por la modificación publicada el 30 de diciembre de 2012 y en vigor a partir del 31 de diciembre de 2012, no estando incluido ello en la redacción original de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. «BOE» núm. 80, de 3 de abril de 1985.

⁴⁹ M. PÉREZ MANRIQUE, “La contaminación visual como afectación del paisaje urbano”. *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 2022, no 27, p. 75.

⁵⁰ Á. GÓMEZ PUERTO, “La protección jurídico-constitucional del medio ambiente. Apuesta por el principio de proximidad institucional al cuidado del entorno como bien común”. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, 2020, vol. 68, no 1, p. 229.

⁵¹ V. Y. GARCÍA MORALES, “Competencias locales y protección del medio ambiente: especial referencia al planeamiento urbanístico municipal”. *Cuadernos de Derecho Local*, 2013, no 32, p. 88.

vertiente social y económica, reflejando su importancia en la vida cotidiana de las personas y en el desarrollo de las comunidades urbanas⁵². Comprende por tanto un conjunto complejo de circunstancias que influyen en la calidad de vida de los individuos, proporcionándoles oportunidades para su desarrollo y bienestar⁵³.

Parece claro que los conceptos analizados abarcan un enfoque más amplio que va más allá de la mera aplicación de normativas urbanísticas. Se trata de la creación de un entorno urbano justo, inclusivo y sostenible donde se garanticen los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Implica también la participación activa de la comunidad en la toma de decisiones que afectan su entorno y calidad de vida⁵⁴.

Como consecuencia de todo lo anterior, el derecho a la ciudad emerge como un concepto clave en la búsqueda de ciudades más inclusivas, sostenibles y equitativas, donde los derechos humanos sean garantizados y promovidos para todos sus habitantes. Su integración en los discursos y las políticas urbanas representa un paso significativo hacia la construcción de comunidades urbanas más justas y resilientes⁵⁵.

A pesar de las limitaciones impuestas por la legislación ambiental y

⁵² Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, artículo 45

⁵³ Tal como recoge el propio TC en la STC 61/1997, de 20 de marzo, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997, ECLI:ES:TC:1997:61: “La política pública dirigida a la ordenación y desarrollo de la ciudad para alcanzar la calidad de vida debe velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (“con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente”: art. 45.2 C.E.) y debe, además, promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, de tal modo que la comunidad participe en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art. 47 C.E.). Así pues, los poderes públicos han de garantizar – regulándolo – la utilización racional del suelo para: a) proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, y b) hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. La antítesis que pudiera observarse en los objetivos no es tal. La Constitución habla siempre de utilización del suelo. Utilización por y para el hombre (calidad de vida), pero sin quebranto más allá de lo razonable del medio ambiente (utilización racional), lo que hoy se condensa en el principio de desarrollo sostenible (que el uso que ahora hacemos de los recursos naturales no impida o dificulte el uso que de esos mismos recursos puedan y quieran dar las generaciones futuras). La racionalidad de la utilización viene dada por la sostenibilidad del uso, en los términos que hemos indicado.”

⁵⁴ S. SIMOU, “Urbanismo y ordenación del territorio”. *Anuario de Derecho Municipal*, 2021, no 15, p. 359.

⁵⁵ J. ZAMORANO WISNES, “El derecho a la ciudad sostenible”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 2021, no 15, p. 88.

urbanística, el planeamiento urbanístico sigue siendo una herramienta clave para la implementación de políticas de protección medioambiental a nivel local. A través de la planificación del uso del suelo, la zonificación, la regulación de la densidad de construcción y la protección de áreas naturales, los municipios pueden influir directamente en la conservación y mejora del medio ambiente en su territorio⁵⁶.

Bajo estas premisas, medio ambiente no se circunscribe únicamente a entorno natural, sino que también engloba dimensiones culturales, económicas y sociales que configuran el contexto vital de los individuos. Hablamos, de esta forma, de un entorno dinámico que busca alcanzar una armonía entre lo útil y lo placentero, promoviendo un equilibrio entre las necesidades humanas y la preservación de los recursos naturales para las generaciones presentes y futuras. Esta comprensión integral del medio ambiente es fundamental para orientar las políticas y acciones hacia la construcción de ciudades sostenibles y habitables para todos⁵⁷.

La noción integral del medio ambiente se busca fortalecer en las ciudades a través de la implementación de infraestructura verde urbana, la cual se define por la propia Comisión Europea⁵⁸. Por ende, esta estrategia no solo persigue la protección de la salud de los habitantes, sino que también promueve la cohesión social y el sentido de comunidad mediante soluciones naturales.

Es importante resaltar que la infraestructura verde en áreas urbanas no solo mejora el entorno físico, sino que también fortalece los lazos so-

⁵⁶ P. NUÑEZ MARTÍ, “De «La vivienda es mi derecho» a las «Ciudades armoniosas». La nueva comprensión del espacio habitable de UN-HABITAT”. *Derechos económicos, sociales y culturales*, 2009, no 34, p. 221.

⁵⁷ J. GRIFFEU I FONT, “Un cambio de rumbo en las políticas de suelo y urbanísticas: la mudanza del urbanismo expansivo y el redescubrimiento de la ciudad consolidada”. *Cuadernos de derecho local*, 2013, no 33, p. 34.

⁵⁸ Comisión europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa*. COM (2013) 249 final, Bruselas 6 de mayo de 2013 online: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d41348f2-01d5-4abe-b-8174c73e6f1b2df.0008.03/DOC_1&format=PDF, p. 3. La mencionada definición se establece por la Comisión de la siguiente forma: “*La infraestructura verde es una herramienta de eficacia probada que aporta beneficios ecológicos, económicos y sociales mediante soluciones naturales. Nos ayuda a comprender el valor de los beneficios que la naturaleza proporciona a la sociedad humana y a movilizar inversiones para sostenerlos y reforzarlos. Asimismo, contribuye a evitar la dependencia de infraestructuras cuya construcción es costosa cuando a menudo la naturaleza puede aportar soluciones más económicas y durables, muchas de las cuales crean oportunidades de empleo local*”.

ciales y la participación ciudadana. La incorporación de elementos de infraestructura verde fomenta el compromiso de la sociedad civil en acciones voluntarias y refuerza el sentimiento de pertenencia a la comunidad⁵⁹.

Además, la infraestructura verde contribuye significativamente a combatir la exclusión social y el aislamiento al proporcionar espacios comunes para la interacción y el disfrute colectivo. Los beneficios que aporta a las personas y a la comunidad son diversos, abarcando aspectos físicos, psicológicos, emocionales y socioeconómicos⁶⁰.

Desde un punto de vista físico, la infraestructura verde ayuda a mitigar los efectos del cambio climático, reduce la contaminación del aire y del agua, y proporciona áreas verdes para la recreación y el esparcimiento. A nivel psicológico y emocional, estos espacios naturales ofrecen un refugio de la vida urbana agitada, reducen el estrés y promueven el bienestar mental. Además, desde una perspectiva socioeconómica, la infraestructura verde puede aumentar el valor de las propiedades, estimular la actividad económica local y generar empleo en sectores relacionados con el mantenimiento y la gestión de áreas verdes.

A tenor de ello, la infraestructura verde urbana no solo es fundamental para la conservación del medio ambiente, sino que también desempeña un papel crucial en la construcción de ciudades más saludables, inclusivas y resilientes, donde se promueve la participación ciudadana y el bienestar comunitario⁶¹.

⁵⁹ J. RASTROLLO SUÁREZ, A. E. FERRARO CIBELLI, “Un nuevo urbanismo...”, cit., p. 14.

⁶⁰ Comisión Europea. “Comunicación de la...” cit., p. 4.

⁶¹ *Ibidem*.

La reutilización del agua residual como agua potable

PURIFICACIÓN RUBIO BRAVO

SUMARIO: 1. Introducción: marco conceptual y teórico. – 2. El consumo humano directo en el ordenamiento jurídico español. – 3. El consumo humano indirecto en el ordenamiento jurídico español. – 4. Un vistazo al panorama mundial. – 5. Conclusiones. – Bibliografía.

1. *Introducción: marco conceptual y teórico*

El objeto de la investigación es analizar las limitaciones por salud establecidas al consumo humano de las aguas regeneradas¹. Para ello, llevaremos a cabo un estudio de las restricciones en nuestro ordenamiento, su justificación y una breve comparativa con la regulación en el resto del mundo. Se trata de realizar una valoración sobre la posibilidad de modificar estas limitaciones al consumo humano de aguas regeneradas por motivos de salud.

En España contamos con una gran tradición y patrimonio institucional en relación con la gestión del agua. La primera Ley de Aguas de 1866 supuso la sistematización de normas convencionales previas de gestión procedentes del derecho histórico español². Sin embargo, a pesar de la experiencia acumulada en el tratamiento de problemas relacionados con la gestión del agua desde antes de esta ley, el país hoy se enfrenta a numerosos conflictos relacionados con la disponibilidad del recurso hídrico.

Son las causas demográficas, económicas, técnicas, políticas y jurídicas³, acentuadas por el proceso de cambio climático las que están detrás de este problema. Sin embargo, el reto no es exclusivo de nuestro país,

¹ Según el art. 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, son aguas regeneradas las sometidas a un tratamiento que permite adecuar su calidad al nuevo uso al que se van a destinar antes de su devolución al dominio público hidráulico o marítimo-terrestre.

² S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, (1960:45). Esta Ley constituyó una vivificación del Derecho tradicional, fruto de la preocupación por captar una realidad histórica en los intervinientes en la elaboración de la Ley.

³ A. NIETO, (1968:11). Estas causas vienen enumeradas como las responsables de la agudización de los problemas relacionados con el agua subterránea. Sin embargo, por el

sino que otros muchos territorios se enfrentan al mismo desafío. En este contexto, los poderes públicos están realizando un gran esfuerzo en la implementación de técnicas de ahorro del agua y en el fomento de tecnologías para generar los llamados recursos hídricos no convencionales, que son los provenientes de la desalación y reutilización.

Normalmente el tratamiento que reciben las aguas depuradas se compone de una fase primaria (para eliminar los sólidos en suspensión), el tratamiento secundario (para eliminar materia orgánica disuelta) y terciario (para eliminación de agentes patógenos)⁴. En términos técnicos, es actualmente posible el tratamiento del agua residual que permite que el agua regenerada alcance los parámetros de calidad requeridos para ser considerada como agua potable.

Ante esta situación, las autoridades alrededor del mundo se han planteado, al menos, dos cuestiones: para qué usos admitir la utilización de estas nuevas tecnologías de generación de recursos hídricos y cómo regular su funcionamiento para los casos admitidos. Así, en esta investigación nos limitamos al uso y gestión de riesgos de la reutilización del agua para el consumo humano. Los riesgos asociados con la reutilización como «agua de boca» del agua residual regenerada son evidentes por su relación con la salud pública. Un error, accidente o ataque a un sistema de reutilización de agua para consumo humano podría tener hasta consecuencias mortales para la población, expresión del vínculo entre el agua y la salud de la población.

Para analizar la respuesta dada por el ordenamiento español y cómo se afronta la cuestión en el plano internacional, diferenciamos en este trabajo entre el Consumo Humano Directo (CHD) y el Consumo Humano Indirecto (CHI). La Organización Mundial de la Salud diferencia entre Reutilización Potable Directa (RPD) e Indirecta (RPI)⁵. Sin embargo, hemos optado por los términos CHD y CHI porque el término

principio de unidad del ciclo hidrológico, consideramos que afectan al recurso hídrico independientemente de su consideración subterránea o superficial.

⁴ L. RODRÍGUEZ DE JORGE, (15/12/2020). El proceso de tratamiento de aguas residuales y eliminación de contaminantes emergentes. *iAgua*. <https://www.iagua.es/blogs/lander-rodriguez-jorge/proceso-tratamiento-aguas-residuales-y-eliminacion-contaminantes>.

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017:2). Esta guía se enmarca en el marco de las directrices sobre calidad del agua para consumo humano. Parte de que la reutilización del agua es una fuente de consumo «realista, práctica y relativamente independiente del clima» y trata de ofrecer un marco de gestión de los sistemas de reutilización para «agua de boca».

«indirecto» relacionado con la idea de «reutilización» no es, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, adecuado. El art. 109.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), define la reutilización de las aguas depuradas como su «*utilización para un nuevo uso privativo, antes de su devolución al dominio público hidráulico o marítimo terrestre*» y en el concepto de CHI, como se desarrolla más adelante, hacemos referencia al consumo humano del agua regenerada habiendo sido devuelto el efluente regenerado previamente al dominio público hidráulico. A pesar de ello, hemos optado por emplear el término CHI, a tenor de las directrices de la OMS, por la facilidad y rapidez que presta para describir este el fenómeno del consumo humano de las aguas regeneradas que han sido volcadas en el entorno natural, que no encuentra conceptualización a través de un único término en el ordenamiento jurídico español.

Es oportuno recordar, igualmente, que la Administración, tiene la obligación de garantizar el abastecimiento urbano de agua potable (art. 26.1.a LBRL). Pero nada se dice de la fuente de la que puede obtener el recurso para cumplir dicho deber. Así, la Administración, en muchos casos ha se ve obligada a recurrir a los recursos no convencionales para garantizar la disponibilidad de agua. En el caso del «agua de boca», sin embargo, solo se admite de forma directa el consumo de agua desalada, como sucede por ejemplo, para el abastecimiento de la población en las áreas costeras del arco mediterráneo y las islas Canarias⁶.

Nos encontramos ante un problema típico de gestión de riesgos, pero en el ámbito de la reutilización del agua. Ante este avance tecnológico, los poderes públicos se han debido plantear la cuestión de si van a permitir el uso de agua reutilizada para abastecer a la población y en su caso, como mitigar la concreción de los riesgos a los que se somete a la población⁷.

2. *El consumo humano directo en el ordenamiento jurídico español*

Definimos el consumo humano directo (CHD) como la introducción del agua regenerada en el sistema de abastecimiento de agua potable sin ser vertida previamente en un entorno natural. Las aguas regeneradas para consumo humano pueden introducirse en el sistema de abastecimiento directamente, mezcladas previamente con agua de otras

⁶ I. RUIZ-ROSA, J. L. GARCÍA RODRÍGUEZ, C. CASTILLA GUTIÉRREZ, J.C. SANTAMARTA CEREZAL, N. ANTONOVA, (2019: 29, 30).

⁷ Siguiendo la diferenciación realizada por J. ESTEVE PARDO (2012: 277, 291).

fuentes naturales o con aguas tratadas en una planta de agua potable convencional⁸.

El CHD está prohibido en el ordenamiento jurídico español por el art. 109.3 TRLA, que dice: «*Queda prohibida la reutilización de aguas para el consumo humano directo, salvo situaciones de declaración de catástrofe*». Esta prohibición se debe al resultado de la definición del riesgo permitido, por la que se decide con qué riesgos convivimos en la sociedad⁹. Para ello, se tiene en cuenta el derecho a la salud y vida, ya que como seres humanos necesitamos el agua para beber pero a la vez ésta debe ser suficientemente segura para no causar daños a la salud, la gravedad de los riesgos a los que se somete a la población si se admite la actividad, su irreversibilidad y permanencia en el tiempo, junto con el del principio de precaución¹⁰.

Por tanto, se entiende que la reutilización para CHD conlleva unos riesgos inaceptables para la sociedad actual. Para el resto de las prohibiciones se remite al desarrollo reglamentario, que se realiza actualmente por el Real Decreto 1620/2007, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas. Actualmente el Real Decreto 1620/2007 se encuentra en vigor sólo en aquello que no contravenga el Real Decreto 4/2023, que modifica el TRLA para adecuarlo al Reglamento europeo 2020/741, sobre reutilización del agua para usos agrarios. Actualmente se está elaborando un proyecto de Reglamento de Reutilización de las aguas que derogará finalmente el Real Decreto 1620/2007 y unificará el régimen jurídico de la reutilización.

3. *El consumo humano indirecto en el ordenamiento jurídico español*

Definimos el consumo humano indirecto como: «la adición de aguas regeneradas a masas de agua que se usan como fuente de agua potable.

⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2017:2), lo define como: «the introduction of treated wastewater (with or without retention in an engineered storage) into a drinking-water supply without prior discharge to an environmental buffer. The treated wastewater may be blended with raw water from a river, lake, reservoir or aquifer immediately before a drinking-water treatment plant; blended with treated water downstream of a conventional drinking-water treatment plant; or introduced directly into a drinking-water distribution system».

⁹ J. ESTEVE PARDO (2012:277). Esto se conoce con el término de «riesgo permitido», concepto fundamental en la teoría del riesgo y su regulación.

¹⁰ Véase C. CIERCO SIERA (2004), para un estudio detallado del mismo. Este principio se enmarca en la idea de «sociedad del riesgo» que define nuestra sociedad postindustrial y el comportamiento de los poderes públicos e individuos para hacer frente a los mismos.

Las masas de agua, que pueden ser ríos, lagos, embalses y acuíferos, se denominan reservas ambientales. El agua, en parte formada por el efluente regenerado, se extrae de la reserva medioambiental y se trata para obtener agua potable»¹¹.

Para averiguar si el CHI está permitido, nos adentramos en la segunda fase que han desarrollado los poderes públicos en la gestión del riesgo. En esta segunda fase, el protagonismo lo toma la Administración, que concreta y determina el riesgo permitido a través de dos tipos de instrumentos¹². El primero, general, el desarrollo reglamentario de la reutilización, hoy contenido en el RD 1620/2007, 3/2023¹³, Reglamento UE 2020/741 y próximamente a través del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de reutilización de las aguas (actualmente en proyecto). En esta operación se añaden otras prohibiciones, pero no de CHI y además se determinan los parámetros de calidad necesarios para la recarga de acuíferos, humedales, y otras masas de agua. Por tanto, a sensu contrario del 109.3 TRLA, ausencia de prohibición expresa y regulación de parámetros para el uso o destino ambiental, podemos deducir que el CHI está permitido actualmente en España.

El segundo instrumento, para los usos permitidos, son los destinados a minimizar los posibles impactos de los riesgos admitidos y concretar las medidas de seguridad en cada caso concreto, según el principio general de prevención. Estos instrumentos son actualmente y de forma muy sucinta para el CHI: en primer lugar, en el Real Decreto 1620/2007: el programa de control analítico (valores de calidad que debe cumplir el agua), el plan de gestión y medidas contenidas en la concesión o autorización de aguas regeneradas¹⁴. Próximamente, este sistema apunta a que será sustituido por un Plan de Gestión de Reutilización de las Aguas Regeneradas

¹¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (2017:2). Definida como: «the planned addition of treated wastewater into water bodies used as sources of drinking-water. The water bodies, which can include rivers, lakes, reservoirs and aquifers, are referred to as environmental buffers. Water containing a proportion of treated wastewater is taken from the environmental buffer and further treated to provide drinking-water».

¹² J. ESTEVE PARDO (2012:291): cuando el riesgo se rechaza queda resuelto el problema del riesgo permitido. Sin embargo, cuando se acepta por la ley, no con ello queda respondida la cuestión del riesgo permitido en el ordenamiento: éste debe ser concretado.

¹³ T. M. NAVARRO CABALLERO (2010:280): el Real Decreto 1620/2007 merece una valoración positiva al establecer una normativa común y criterios de calidad para la actividad de reutilización, aunque se señalan algunas deficiencias en su regulación.

¹⁴ Véase A. MOLINA GIMÉNEZ (2022:328): el programa de control analítico permite supervisar el funcionamiento del sistema de reutilización e identifica los valores pa-

(PGRAR), que extenderá su aplicación desde el ámbito agrario en virtud del Reglamento (UE) 2020/741, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua a todos los usos del agua regenerada en España.

En segundo lugar, en el Real Decreto 3/2023, que traspone la Directiva (UE) 2020/2184 relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, que introduce el Plan Sanitario del Agua (art. 59), que realiza la evaluación y gestión del riesgo en una zona de abastecimiento desde un enfoque integral, que abarca todas las etapas del abastecimiento, desde la toma de captación hasta el punto de cumplimiento (acometida).

Por último, cabe señalar el resto de normativa medioambiental que incide en el asunto: la Directiva 91/676/CEE, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias (contiene las zonas vulnerables, programas de actuación y planes de control), la condicionalidad de la PAC, la Directiva 2000/60/CE Marco del Agua (Registro de zonas protegidas y a través de los PPHH), Directiva 2008/105/CE relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, Directiva 2009/128/CE por la que se establece el marco de la actuación comunitaria para un uso sostenible de los plaguicidas o el Decreto 487/2022 para prevención y control de legionelosis.

4. *Un vistazo al panorama mundial*

En todo el mundo la reutilización está emergiendo como una forma de generación de recursos hídricos. Sin embargo, el CHD de agua reutilizada, tecnológicamente posible, todavía no tiene cobertura jurídica en la mayoría de los países donde existe regulación.

En Estados Unidos, las Safe Drinking Water Act y Clean Water Act son las leyes federales que imponen los estándares de calidad de las aguas potables para la protección de la salud pública y el medioambiente. Resulta de especial relevancia el Plan Nacional de Reutilización publicado por la Agencia Estadounidense de Protección Medioambiental en 2020, que enuncia como una acción prioritaria la reutilización del agua.

En Estados Unidos, el CHD se desarrolla en el estado de Texas y Nuevo México¹⁵. En California, recientemente se ha aprobado el CHD de agua re-

ramétricos mínimos que debe cumplir el efluente. Por su parte, el plan de gestión de la ERA define el modelo de administración, responsables y gestión del efluente.

¹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017:4)

generada. El *Water Code, division 7, chapter 7.3, 13560.5*: requiere a la Junta estatal del agua establecer un cuadro regulatorio de la reutilización potable directa que proteja la salud pública. La Junta, en cumplimiento de este mandato aprueba una propuesta de marco regulatorio para CHD. Igualmente a finales de 2023, se ha propuesto la modificación del *Code of Regulations, Division 4, Chapter 17, article 10* para regular el CHD en la reutilización. Del sistema norteamericano, que es el referente en estándares de reutilización, se extrae que el talón de Aquiles para la industria del CHD es la suficiencia de las medidas para evitar los riesgos que tienen baja probabilidad de ocurrir pero con graves consecuencias; por ejemplo, en California, la regulación muestra inconsistencias en la prevención de fallos humanos inducidos.

Arrojando la mirada sobre otros países, el CHD está completamente normalizado en Windhoek, Namibia, en funcionamiento desde 1968. El país sufrió una sequía de tales dimensiones que el Estado se vio en la necesidad de construir una depuradora con una capacidad de producción de 4.800 m³/día, ya que era el modo de obtener agua potable de forma más económica¹⁶. A fecha de 2016, el sistema llevaba en funcionamiento sin haber registrado ningún problema sanitario durante 48 años¹⁷, y así continúa hasta el día de hoy.

De hecho, estos casos, si bien es cierto son excepcionales, no se tratan de algo impensable de extender a otros territorios. De esta idea parece ser partícipe la Organización Mundial de la Salud, que en 2017, ha publicado una guía sobre requisitos para la reutilización del agua potable.

Sin embargo, aparte de estos casos de éxito, debemos reseñar otros supuestos donde el CHD no corrió tan buena suerte. No son pocas tampoco las zonas alrededor del mundo que quisieron dar un paso adelante en la reutilización del agua para consumo humano, pero que por la fuerte oposición pública tuvieron que retrasar, retroceder o abandonar el proyecto. Así, entre otros, en Toowoomba, Queensland, Australia¹⁸.

Son muchos los motivos que llevan a los países a tratar de desarrollar la reutilización. En los países desarrollados son, principalmente, por condicionantes físicos de falta de agua, gestión de la sequía, proveer agua a la agricultura y crear una fuente segura de agua¹⁹. El CHD se prevé que se

¹⁶ J. MELGAREJO MORENO & I. LÓPEZ ORTIZ (2016:28).

¹⁷ J. LAHNSTEINER, P. VAN RENSBURG & J. ESTERHUIZEN (2017). Direct potable reuse – a feasible water management option. *Journal of Water Reuse and Desalination*, 8(1), 14-28.

¹⁸ A. HURLIMANN & S. DOLNIZCAR (2010).

¹⁹ B. JIMÉNEZ & T. ASANO (2008:16).

extienda en la gestión del agua en una horquilla temporal de cinco a diez años, ya que no hay razón técnica en contra, la tecnología se irá refinando y los condicionamientos físicos empujan cada vez más a ello²⁰.

En relación con el CHI, la mayoría de los estados norteamericanos, llevan a cabo proyectos de reutilización para recarga de masas de agua con destino potable. El primero fue puesto en marcha en California, en 1918, convirtiéndose en el primer estado en establecer estándares para la reutilización del agua²¹. Posteriormente, se desarrollan proyectos de CHI en otras zonas de EE. UU. y del mundo, como Orange County, California; El Paso, Texas; Chelmsford, Reino Unido; Wulpen, Bélgica; Singapur; Sudáfrica o Australia²².

El regulador federal estadounidense (USEPA) ha elaborado en 2012 la última versión de «*Guidelines for water reuse*», que regula la reutilización de aguas para CHD y CHI. En Oregón, la *Oregon Administrative Rule 340-055-0017* en su apartado 5 establece la regla general de prohibición de uso del agua regenerada para consumo humano, salvo que quede autorizado por el Departamento de Servicios humanos y la Comisión de Calidad Medioambiental. En relación con el uso indirecto, se establece que el plan de gestión de agua regenerada debe contener unas previsiones que garanticen la calidad del agua a la recarga del acuífero (*Rule 340-055-0025*, apartado 3).

5. Conclusiones

La reutilización del agua para consumo humano, directa e indirecta es, hoy en día, técnicamente posible. En el futuro se prevé un desarrollo de la técnica por los cambios demográficos, económicos y climáticos a los que se deberán enfrentar muchas zonas del planeta, entre ellas, España.

En el contexto global, la regulación de la reutilización para consumo humano en España es muy similar a la que realizan la mayoría de los países. Destacan por su diferenciación en la regulación de algunos estados norteamericanos y Namibia.

En relación con el CHI, es una realidad en el contexto jurídico español aunque no se encuentre expresamente regulado. Es conveniente a

²⁰ H. L. LEVERENZ, G. TCHOBANOGLIOUS & T. ASANO (2011:9) Y J. LAHNSTEINER, P. VAN RENSBURG & J. ESTERHUIZEN (2017:27).

²¹ B. JIMÉNEZ & T. ASANO (2008:13).

²² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017:4).

efectos de seguridad jurídica la homogeneización del modelo de gestión de riesgos.

En relación con la prohibición de CHD, por los bienes jurídicos implicados en la decisión sobre el riesgo permitido realizada por el legislador y el principio de precaución, solo será levantada en caso de que no exista otra fuente de agua con la que abastecer a la población.

Ahora bien, si la Administración se viera en la situación de deber gestionar los riesgos de la actividad de reutilización para «agua de boca» de forma directa, se encontraría con, al menos, tres dificultades:

La primera, concienciar de la seguridad en la técnica, por el rechazo que puede provocar en la población. Prueba de la magnitud del problema son los países que han tratado de poner en marcha proyectos de este tipo y que han tenido que abandonarlos por la fuerte oposición pública.

La segunda, de tipo económico. La financiación de la infraestructura y tratamientos que precisa el efluente para alcanzar la calidad requerida para ser «agua de boca» plantearía no pocos problemas, similares a los que hoy sufrimos en relación con la actividad de reutilización para otros usos.

La tercera, adoptar un sistema de gestión de riesgos adecuado para dar al agua una reutilización humana. Este punto es igualmente de gran importancia, no solo en España, sino desde un punto de vista global. Ello porque un fallo, accidente o ataque al sistema que cause la infección o muerte de parte de la población por el consumo de agua regenerada pondría en cuestionamiento esta técnica en todo el planeta, a semejanza de la energía nuclear. No debemos descartar que en el futuro esta técnica deba ser empleada para abastecer a la población, por lo que la Administración debe preocuparse de que en dicho momento no se generen dudas sobre su funcionamiento.

Bibliografía

- CIERCO SEIRA C. (2004), *El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español*, *Revista de Administración Pública*, 163, pp. 73-125.
- ESTEVE PARDO J. (2012), *Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido*, en E. PÉREZ ALONSO, E. ARANA GARCÍA, J. SERRANO MORENO y P. MERCADO PACHECO, *Derecho, globalización y medioambiente*, Tirant lo Blanch, pp. 273-302.
- HURLIMANN A. & DOLNIZCAR S. (2010), *When public opposition defeats alternative water projects – The case of Toowomba, Australia*, *Water Research*, 44-1, pp. 287-297.
- JIMÉNEZ B. & ASANO T. (2008), *Water Reuse: An International Survey of Current Practice, Issues and Needs*, *Water Intelligence Online* (Vol. 7).
- LAHNSTEINER J., VAN RENSBERG P. & ESTERHUIZEN J. (2017), *Direct potable reuse – a feasible water management option*, *Journal of Water Reuse and Desalination*, 8(1), 14-28.
- LEVERENZ H. L., TCHOBANOGLIOUS G. & ASANO T. (2011). Direct potable reuse: A future imperative. *Journal of Water Reuse and Desalination*, 1(1), 2-10.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER S. (1960), *La elaboración de la Ley de Aguas de 1866*, *Revista de Administración Pública*, 32, pp. 11-54.
- MELGAREJO MORENO J. & LÓPEZ ORTIZ I. (2016), *Depuración y reutilización de aguas en España, Agua y territorio = Water and Landscape*, 8, 22-35.
- MOLINA GIMÉNEZ A. (2022), *La evaluación y gestión del riesgo que conlleva la actividad de reutilización*, en J. TORNOS MAS (Dir.), *Observatorio del Ciclo del Agua 2022*, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 311-343.
- NAVARRO CABALLERO T. M. (2010), *El nuevo régimen de la reutilización de las aguas residuales. Consideración especial de la autorización complementaria y de la reasignación de las aguas regeneradas*, en T. M. NAVARRO CABALLERO (Coord.), *Reutilización de aguas regeneradas. Aspectos tecnológicos y jurídicos*, Instituto Euromediterráneo del Agua, pp. 260-281.
- NIETO A. (1968), *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*, *Revista de Administración Pública*, 56, pp. 9-92.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2017). Potable reuse: guidance for producing safe drinking-water. 152 pp.
- RUIZ-ROSA I., GARCÍA RODRÍGUEZ J. L., CASTILLA GUTIÉRREZ C., SANTAMARTA CEREZAL J. C., ANTONOVA N. (2019), *Agua y turismo en Tenerife: producción, gestión y consumo*. Tenerife: Universidad de La Laguna. 106 pp.

Notizie sugli Autori

NICOLA AICARDI, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Bologna.*

MARCOS ALMEIDA CERREDA, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.*

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *Presidente de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA).*

VITTORIA BERLINGÒ, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Messina.*

NOELIA BETETOS AGRELO, *Contratada predoctoral Xunta de Galicia, Universidad de Vigo.*

EMANUELE BOSCOLO, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi dell'Insubria.*

ROBERTO CAVALLO PERIN, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Bari.*

CÉSAR CIERCO SEIRA, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Lleida.*

FULVIO CORTESE, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Trento.*

SUSANA DE LA SIERRA MORÓN, *Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha.*

DARIA DE PRETIS, *Giudice Emerito della Corte costituzionale.*

MARINA D'ORSOGNA, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Teramo.*

MARCO DUGATO, *Direttore della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA).*

JOSÉ ESTEVE PARDO, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona.*

TOMÁS FONT I LLOVET, *Presidente de la Asociación "Sección española de la Asociación de Administrativistas ítalo-españoles" (AAIS).*

PAULA GAMALLO CARBALLUDE, *Contratada predoctoral de la Xunta de Galicia, Universidad de Vigo.*

ALFREDO GALÁN GALÁN, *Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Barcelona.*

ANDREA GARRIDO JUNCAL, *Profesora titular de derecho administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.*

LOREDANA GIANI, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università Europea di Roma.*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza.*

MARCELLA GOLA, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Bologna.*

MARIA IMMORDINO, *già Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Palermo.*

FRANCESCO MANGANARO, *Presidente dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA).*

CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ, *Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.*

LUIS MARTÍN REBOLLO, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cantabria.*

LUIS MÍGUEZ MACHO, *Catedrático de derecho administrativo, Universidad de Santiago de Compostela.*

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Professore Emerito di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".*

ANGEL-MANUEL MORENO, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid.*

TERESA MARÍA NAVARRO CABALLERO, *Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Murcia.*

GIUSEPPE PIPERATA, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università di Bologna.*

ALESSANDRA PIOGGIA, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Perugia.*

SILVIA PONZIO, *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

GABRIELLA MARGHERITA RACCA, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

MARTÍN M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pública de Navarra.*

MAURO RENNA, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.*

RICARDO RIVERO ORTEGA, *Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca.*

ANNA ROMEO, *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Messina.*

FABIO A. ROVERSI MONACO, *Presidente dell'Associazione "Sezione Italiana della Associazione Amministrativisti Italo-Spagnoli – Luciano Vandelli" (ASVA).*

PURIFICACIÓN RUBIO BRAVO, *Becaria FPI Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.*

GLORIA SDANGANELLI, *Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *Giudice della Corte costituzionale.*

MARÍA ASUNCIÓN TORRES LÓPEZ, *Catedrática de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.*

CLAUDIA TUBERTINI, *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Ferrara.*

Finito di stampare nel mese di aprile 2026
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli