

## Las Transformaciones de la Administración Pública Entre Constitución Formal Y Constitución Material

**TOMMASO NICOLA POLI**

Investigador, Universidad de Bari y Universidad de Granada.

Traducido del italiano por Susana Ruiz Tarrías.

Recibido: 3 de abril de 2014

Aceptado: 5 de mayo de 2014

**RESUMEN:** Este trabajo analiza la evolución y la organización actual de las Administraciones Públicas, así como su compatibilidad con las Constituciones de postguerra. Toma en cuenta la definición del concepto de Administración Pública, distinguiendo entre un sentido subjetivo en relación con la organización estructural de la Administración, y la Administración Pública en sentido objetivo o funcional. En atención al sentido subjetivo, el trabajo vuelve sobre las transformaciones que ha provocado la globalización, la creación de organizaciones regionales e internacionales, y las técnicas de devolución de autonomía.

**PALABRAS CLAVES:** Administración pública, Constitución, Unión Europea, subsidiariedad, presupuesto equilibrado, autonomía territorial.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the evolution and the current organization of the PA and its compatibility with the principles of the Postwar Constitutions. It considers a definition of the concept of the PA, distinguishing between PA in subjective sense, with relation to all the organizational structures of the administration, and PA in the "objective" or functional sense. Concerning the PA in subjective sense it goes over again the transformations that the process of economic globalization, the creation of international and regional organizations, the devolution of forms of autonomy more increasingly accentuated at the peripheral level have determined.

**KEYWORDS:** Public administration; Constitution; European Union; subsidiarity; balanced budget; territorial autonomy.

**SUMARIO:** 1 Introducción: Intentos de definición y marco general; 2 Algunas consideraciones desde la reciente crisis económico-financiera: la crisis de normatividad de las Constituciones del Estado social y democrático de derecho; 3 La proliferación de los aparatos públicos frente a la transformación de la sociedad; 4 Un nuevo "horizonte" para la administración pública; 5 La transferencia de funciones administrativas a los ciudadanos: el principio de subsidiariedad; 6 La introducción de modelos privatistas y las Autoridades administrativas independientes; 7 La deslocalización territorial de las funciones administrativas; 8 La constitucionalización del equilibrio presupuestario y la renovada centralización: el Estado de nuevo protagonista; 9 Observaciones finales.

## 1 INTRODUCCIÓN: INTENTOS DE DEFINICIÓN Y MARCO GENERAL

La locución administración pública identifica a todas las personas jurídicas que desarrollan funciones esencialmente administrativas. Administración pública y administraciones han sido, durante mucho tiempo, identificadas, pudiendo considerarse, en ambos casos, sinónimos del término burocracia. Hoy, sin embargo, los dos conceptos no parecen superponerse. La administración, en ese momento, se refiere a la actividad concreta dirigida a la tutela de intereses públicos, pero no se identifica exclusivamente con la actividad de los aparatos públicos estatales o periféricos.

En el análisis jurídico, actualmente, esta distinción entre administración y administración pública se superpone a la de administración pública en sentido subjetivo y administración pública en sentido objetivo. La primera se refiere a la organización, es decir, a todas las articulaciones organizativas de la administración que, como consecuencia del proceso de globalización, de la expansión del Derecho comunitario y del papel de los entes territoriales, no están constituidas tan sólo de singulares órganos públicos estatales; la segunda, por el contrario, se refiere a la auténtica y propia actividad (o función) de administrar, como conjunto de actividades dirigidas a la salvaguarda de intereses públicos, que hoy se desarrolla también por sujetos privados<sup>1</sup>.

La presente contribución, por lo tanto, partiendo de la crisis económico-financiera que amplía la percepción de la distancia entre la representación democrática y el ejercicio del poder autoritario y de la función administrativa estatal, trata de analizar y profundizar en la evolución y la actual organización de la administración pública en sentido subjetivo y su relativa compatibilidad con los principios de las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial. Estas últimas estaban pensadas y redactadas en un contexto en el que el Estado nación constituía la entidad jurídica principal en el orden internacional y mundial y, afirmando la neutralidad de los órganos administrativos y su diferenciación funcional del gobierno<sup>2</sup>, vinculaban la actividad administrativa a la soberanía

1 Sobre esta distinción véase a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 6; U. Allegretti, "Il valore della Costituzione nella cultura amministrativistica", *Dir. pubbl.*, n° 2, 2006, pp. 760 ss.; C. Franchini, "L'organizzazione", en S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 251 ss.; G. Napolitano, "Pubblica Amministrazione in Italia", [http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia\\_\(XXI-Secolo\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_(XXI-Secolo)). Para una definición de administración pública vid. M.S. Giannini, "Amministrazione pubblica", en [http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione-pubblica\\_\(Enciclopedia\\_delle\\_scienze\\_sociali\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/amministrazione-pubblica_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)). Un intento de definición del concepto es desarrollado también en la doctrina española por R. Entrena Cuesta, "El concepto de administración pública en la doctrina y en el derecho positivo españoles", *Rev. der. Admin.*, n° 32, 1960, pp. 57 ss..

2 En la Constitución italiana, manteniendo el carácter no representativo y políticamente no responsable de los órganos administrativos, la diferenciación funcional entre el Gobierno entendido como órgano, en parte, expresión de la mayoría política (art. 94 Const.), y la administración imparcial (art. 97 Const.), se manifiesta en términos más nítidos que en otros textos constitucionales. La imparcialidad y la eficiencia de la administración pública ha sido equilibrada mediante la previsión, en el art. 95 Const., de la responsabilidad del indirizzo político y administrativo del Presidente del Consejo de Ministros y de la responsabilidad de cada

popular a través de la afirmación del principio de legalidad que reclama que toda decisión administrativa tenga su fundamento jurídico en la ley, la cual, a su vez, define los límites en los que debe desarrollarse la actuación de la administración pública<sup>3</sup>.

## 2 ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE LA RECIENTE CRISIS ECONÓMICO-FINANCIERA: LA CRISIS DE NORMATIVIDAD DE LAS CONSTITUCIONES DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La reciente crisis económico-financiera<sup>4</sup> ha acentuado el mencionado proceso erosivo de la soberanía de los Estados naciones, quienes, desde hace tiempo, han perdido progresivamente el papel central en la vida política, económica y social en beneficio de nuevos centros de poder institucionales y no institucionales, y ha puesto en evidencia la relativa crisis de normatividad de las Constituciones, cuyas disposiciones, a pesar de no resultar siempre idénticas sino sometidas a continua regeneración semántica como consecuencia de los cambios económicos, sociales y político-institucionales<sup>5</sup>, aparecen ahora privadas en gran parte del propio rasgo de prescripción<sup>6</sup> y, por lo tanto, de la capacidad de reconocer el pluralismo y de resolver el conflicto social a través de procedimientos y principios funcionales al mismo<sup>7</sup>.

---

Ministro respecto de los actos del propio ministerio. Acerca de este aspecto, véase P. Carrozza, "Governo e amministrazione", en G.F. Ferrari, A. Di Giovine, P. Carrozza (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 890; F. Sorrentino, "Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione", *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. En general, sobre administración y Constitución italiana, véase U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996.

- 3 P. Cerbo, "Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione tra legalità ed autonomia", *www.forumcostituzionale.it*. Para una reconstrucción de los principios que rigen la relación entre administración pública y Gobierno en la Constitución italiana, vid. G.M. Salerno, "I rapporti tra Governo e Amministrazione: spunti ricostruttivi", en *Il Filangieri*, Quaderno 2010, Jovene, Napoli, 2011, pp. 135 ss.
- 4 Sobre las razones de la crisis y las soluciones adoptadas para hacer frente a la crisis de los poderes reguladores vid. M. Siclari, "Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione", *Riv. trim. dir. pubbl.*, nº 1, 2009, pp. 45 ss.; F. Merusi, "Il sogno di Diocleziano. Ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche", *Riv. trim. dir. ec.*, nº 1, 2013, pp. 9 ss.
- 5 Acerca de la evolución de las Constituciones y sus disposiciones pueden apreciarse, si se desea, las consideraciones introductorias y las referencias contenidas en mi trabajo "Nuove forme di cittadinanza nel costituzionalismo multilivello: gli sviluppi della giurisprudenza europea e costituzionale", *KorEuropa*, nº 3, 2013, pp. 1 ss. Para un análisis de los principales conceptos sobre los que se funda la experiencia estatal en el nuevo orden global nos remitimos a S. Cassese, "Le trasformazioni dello Stato", en S. Cassese, P. Schiera, A. von Bogdandy, *Lo Stato e il suo diritto*, il Mulino, Bologna, 2013, pp. 10 ss..
- 6 S. Rodotà, "Il pensiero debole dell'Europa che s'accontenta", *La Repubblica*, 9 gennaio 2014, pp. 1, 28; A. Ruggeri, "Crisi economica e crisi della Costituzione", *www.giurcost.org*, pp. 1 ss., especialmente pp. 14-15; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, pp. 21, 145 ss.; M. Luciani, "L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni", *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 124 ss..
- 7 Este es el trabajo destacado del Derecho Constitucional. Nos remitimos a F. Balaguer Callejón, "La crisi costituzionale in Europa", en S. Mangiameli (a cura di), *The european crisis. Interpretation and answers*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 9; Id., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, trad. it. di A.M. Nico, Cacucci, Bari, 2012, pp. 70 ss.; Id., "Crisi economica e crisi costituzionale in Europa", *KorEuropa*, nº 1, 2012, pp. 1 ss..

Las agencias de «rating», «in primis», ponen cotidianamente en discusión la supremacía, y también la igualdad, de los Estados naciones en el tablero internacional. Inicialmente surgidas para resolver el problema de la asimetría informativa de los inversores en el mercado, se han apropiado autónomamente, en los últimos años, del poder de juzgar los presupuestos estatales según parámetros de naturaleza económico-financiera y política, alterando los equilibrios internacionales e indicando las políticas nacionales a adoptar. En consecuencia, la soberanía ya no divide sólo a los Estados naciones o, todo lo más, se comparte con las organizaciones supranacionales regionales. La circunstancia resulta singular si se tiene en cuenta que estas agencias – que deberían estar dotadas de un alto nivel de reputación en el mercado de los inversores por su especialización en el sector crediticio –, han apoyado la creación de los mismos productos financieros desencadenantes de la crisis financiera<sup>8</sup>. Las agencias de «rating» aparecen como actores principales en el escenario global, hasta el punto de que, en 1996, el editorialista Thomas L. Friedman equiparó el poder de Moody's al de los Estados Unidos de América en tanto que consideraba a ambos capaces de poder provocar efectos desastrosos en la escena global: los Estados Unidos a través de las bombas, Moody's depreciando activos financieros<sup>9</sup>.

La crisis económica se convierte, por lo tanto, también en crisis constitucional, haciendo referencia, especialmente, al gradual y progresivo, casi irreversible, proceso de deslegitimación asimétrico del poder político en beneficio de organismos técnicos y neutrales, que no están en condiciones de desarrollar la importante labor del Derecho Constitucional: de un lado, el de reconocer el pluralismo y el conflicto social y, de otro, de alcanzar acuerdo a través de procedimientos y principios que sean funcionales para la resolución del conflicto<sup>10</sup>. De este modo, las medidas previstas, a cualquier nivel normativo, corren el riesgo de ampliar la distancia entre centros de poder de decisión y grupos sociales, alimentando el conflicto en lugar de conducirlo a la resolución<sup>11</sup>. Las

- 
- 8 C. Pinelli, "L'incontrollato potere delle agenzie di rating", *www.costituzionalismo.it*, nº 2, 2012, pp. 1 ss.; Id., "Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati", *Riv. trim. dir. econ.*, nº 4, 2012, pp. 229 ss.; A. Benedetti, "Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolamentazione", *www.costituzionalismo.it*, nº 2, 2012, pp. 1 ss.; G. Nori, "La sovranità degli Stati, il rating e le regole sulla concorrenza", *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss.; L. Ammanati, "Mercati finanziari, società di rating e meccanismi di regolazione", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss..
- 9 Sobre la capacidad del rating de alterar los equilibrios financieros y monetarios y de condicionar la agenda política de los Estados y de las organizaciones internacionales, nos remitimos a las observaciones críticas de G. Sirianni, "Il rating sovrano", *www.costituzionalismo.it*, nº 2, 2012, pp. 1 ss..
- 10 Según F. Balaguer Callejón, "La crisi costituzionale in Europa", cit., p. 9, son dos las condiciones necesarias para que pueda hablarse de Derecho Constitucional. Sobre la necesidad del desarrollo constitucional para el reconocimiento del conflicto social y para su resolución, nos remitimos a las consideraciones del mismo A., *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, trad. it. di A.M. Nico, Cacucci, Bari, 2012, pp. 70 ss..
- 11 Cfr. F. Balaguer Callejón, "Una interpretación constitucional de la crisis económica", *ReDCE*, nº 19, 2013, disponible on line en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15\\_F\\_BALAGUER.htm](http://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/15_F_BALAGUER.htm).

políticas públicas estatales, por el contrario, intentan mantener la confianza de los mercados financieros para continuar teniendo acceso al crédito. Esto lo consiguen a través del respeto a los vínculos europeos, con la participación en las sedes supranacionales (donde tales vínculos son definidos y donde se controla su observancia), y la confianza de los operadores económicos que requieren un incremento de competitividad de los países<sup>12</sup>.

Baste pensar en las cartas enviadas al Gobierno italiano y al español por el Presidente saliente, Jean Claude Trichet, y del entrante, Mariano Draghi, del BCE el 5 de agosto de 2011 indicando la necesidad de aprobar una serie de reformas estructurales, que hacían referencia a la liberalización de los servicios públicos locales y de las profesiones, las privatizaciones, el mercado de trabajo, el sistema de «welfare», y el sistema de contratación para mejorar la productividad. Las dos cartas se refieren a «l'avvenuto passaggio del potere d'indirizzo politico, nel campo della politica economica, ma con ricadute ovviamente a largo raggio sull'intero ventaglio d'azione dell'indirizzo politico, degli organi politici nazionali, rappresentativi politicamente, eletti in forma democratica, a un organo "tecnico", non rappresentativo politicamente, né eletto democraticamente, e fortemente irresponsabile, in ragione della sua (pretesa indipendenza)»<sup>13</sup>.

La aprobación de las medidas previstas a nivel europeo y recibidas a nivel interno, en unos casos a través de modificaciones de la Constitución y en otros a través de previsiones de mecanismos de protección de los presupuestos más férreos<sup>14</sup>, no precedidas de un profundo debate parlamentario, en la presunta convicción de ser las únicas, además de las mejores soluciones posibles, demuestra, sin embargo, la disonancia de los actores políticos, también en el caso en que los mecanismos decisionales no hayan sido completamente sobrepasados, respecto de la opinión pública, que, de hecho, se expresa, por doquier, implícitamente con un voto de desconfianza frente a los partidos políticos tradicionales en beneficio de movimientos populistas<sup>15</sup>. Se tratan de aplicar, de hecho, los mecanismos de la ciencia económica al Derecho público y, también, incluso, al Derecho Constitucional, «esponendo come verità assolute ed inevitabili i postulati del modello economico vigente ed anche di una determinata politica economica»<sup>16</sup>, sin considerar, como subraya Francisco

12 G. Pitruzzella, "Crisi economica e decisioni di governo", *www.rivistaaic.it*, nº 4, 2013, p. 5.

13 G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, cit., pp. 82 ss.; Id., "Crisi dei mercati e sovranità dello Stato: qualche elemento di discussione", 16 luglio 2012, *www.apertacontrada.it*, p. 3.

14 F. Bilancia, "Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio»", *www.rivistaaic.it*, nº 2, 2012, p. 4.

15 En sentido crítico respecto del desapoderamiento de los Parlamentos nacionales se expresa P. Caretti, "La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali", *www.gruppodipisa.it*, p. 5.

16 F. Balaguer Callejón, "L a dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto", de próxima publicación en *Studi in onore del Professor Francesco Gabriele*, trad. it. di T.N. Poli.

Balaguer Callejón, que el «discurso economico sta conducendo così ad una situazione di «stand by» del Diritto costituzionale in molti paesi europei, con costituzioni normative che sono in sospenso in aspetti fondamentali tanto per quello che si riferisce ai “processi democratici” quanto per quello che colpisce la dimensione sociale»<sup>17</sup>.

### 3 LA PROLIFERACIÓN DE LOS APARATOS PÚBLICOS FRENTE A LA TRANSFORMACIÓN DE LA SOCIEDAD

En 1985 Massimo Severo Giannini había puesto su atención en la pérdida del monopolio de la administración del Estado central. Además del Estado central, identificaba, al menos, otros seis centros administrativos. Sin embargo, subrayaba que el Estado permanecía como el «centro político» de tutte le amministrazioni, conservando «una primaria centralità di affluenze»: el Estado, de hecho, era considerado el destinatario principal de toda la constelación de órganos que dependen de él en el ejercicio de funciones administrativas<sup>18</sup>.

Hasta ahora, aunque de modo diferente, al menos desde el nacimiento del Estado nación, con atribuciones progresivamente crecientes, las relaciones de la sociedad en la Europa continental habían sido reguladas por los aparatos públicos, reduciendo la incertidumbre en las relaciones sociales<sup>19</sup>. El paso del Estado liberal al Estado social, por ejemplo, ha supuesto la incorporación del Estado en la sociedad por un doble conjunto de razones: de un lado, el Estado monoclasa se ha convertido en pluriclasa<sup>20</sup> y, de otro, el Estado ha intervenido directamente en la resolución de conflictos económicos y sociales para reequilibrar las distorsiones del funcionamiento del mercado<sup>21</sup>. En consecuencia, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, la promoción de los intereses ligados al Estado se ha manifestado prevalentemente a través de la intervención directa del Estado en la economía, puede decirse que a través de la responsabilización a los poderes públicos del conjunto del modelo de producción y de la asignación de los recursos, transfiriendo a la administración pública la labor de desarrollar la función distributiva, en lugar de dejarla al funcionamiento espontáneo del mercado. El desarrollo del Estado social, por lo tanto, ha supuesto

17 F. Balaguer Callejón, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, cit..

18 M.S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1985, pp. 12 ss.

19 Sobre la capacidad de las instituciones públicas para reducir la incertidumbre en las relaciones sociales y favorecer el desarrollo de las relaciones productivas, nos remitimos a D.C. North, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, il Mulino, Bologna, 2007, *passim*.

20 M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, cit.

21 J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, Marcial Pons, Madrid, 2013, *passim*; F. Balaguer Callejón, “La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto”, cit.

la expansión de la actividad de la administración pública y, en particular, de la actividad prestacional y de servicios<sup>22</sup>.

En las Constituciones normativas del Estado social de Derecho es perfectamente visible un mandato constitucional de este tipo. Se encuentran en las disposiciones relativas a las relaciones ético-sociales, económicas y políticas reconociendo para el conjunto del ordenamiento, incluida la administración pública, el deber de promover y favorecer el cumplimiento de prestaciones sociales. Se debe acoger, por lo tanto, la tesis de Umberto Allegretti, quien, aunque refiriéndose exclusivamente a la Constitución italiana, reconoce la existencia de una «*doppia coestensività di Costituzione e amministrazione: la costituzione è coestensiva dell'amministrazione (la copre tutta); l'amministrazione è coestensiva della costituzione (ossia, in tutta la costituzione c'è – anche – una dimensione amministrativistica)*»<sup>23</sup>.

La Constitución italiana concibe la administración pública como el instrumento privilegiado para la consecución de numerosos fines de interés público recopilados en ella y sintetizados en la fórmula del art. 3, prf. 2, de la Constitución a través del principio fundamental de igualdad real. Entre las intervenciones encomendadas a la República y, por lo tanto, a la administración pública, se pueden mencionar la tutela del paisaje y del patrimonio histórico-artístico, el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica (art. 9), la iniciativa económica pública (art. 41, párr. 1), la gestión de los servicios públicos esenciales (art. 43), las obligaciones de garantizar las prestaciones sanitarias (art. 32), los derechos a la educación y al estudio (arts. 33 y 34), la protección social y la asistencia a los discapacitados (art. 38)<sup>24</sup>.

Los mismos argumentos sirven para otras Constituciones. La Constitución española, por ejemplo, incluye expresiones inequívocamente referidas a los poderes públicos: «aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39), «promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa» (art. 40), «velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero» (art. 42), «promoverán y tutelarán el acceso a la cultura» (art. 44), «garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran» (art. 46), «garantizarán [...] la suficiencia económica a los ciudadanos durante la

22 Según E. Forsthoft, *Stato sociale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, el Estado social es obra de la legislación y de la administración, pero no es susceptible de integrarse en una estructura constitucional.

23 U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., pp. 72 ss. y 100 ss., quien, a su vez, se remite a M. Nigro, «La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione sostanziale», en *Studi per Bachelet*, Giuffrè, Milano, 1980.

24 M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 81.

tercera edad» (art. 50), «garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios» (art. 51)<sup>25</sup>.

El Preámbulo de la Constitución de la V República francesa de 1958 establece expresamente en algunos enunciados el compromiso de la «Nación» en la promoción de tareas de interés general: asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo; protege a todos los trabajadores, y, en particular, a los niños, a las madres y a los ancianos, la protección de la salud, la seguridad social, el reposo y el tiempo libre; garantiza a niños y adultos la instrucción, la formación profesional y la cultura. Prevé una labor del conjunto de la colectividad y, por lo tanto, no sólo de los poderes públicos, en la garantía a todos los seres humanos de medios adecuados de subsistencia.

Esta ordenación, descrita de forma general, ha caracterizado a las Constituciones normativas de la segunda posguerra, quienes han atribuido, de un lado, la primacía de las fuentes del derecho a la legislación y, de otro, han asignado a la administración pública la protección concreta de los intereses públicos. En otras palabras, se ha afirmado que «la legge prevede, l'amministrazione provvede»<sup>26</sup>. Las dos funciones, por tanto, están estrechamente relacionadas, como se advierte, con especial claridad, por ejemplo, en la Constitución italiana, a través de la constitucionalización del principio de legalidad que constituye título de legitimidad y límite al ejercicio de la función administrativa<sup>27</sup>.

El progresivo distanciamiento entre la economía y la fuerza reguladora del derecho estatal y la relativa pérdida de los Estados del monopolio de la creación jurídica como consecuencia del fenómeno de la globalización<sup>28</sup> resitúan hoy, bajo nuevas perspectivas, el problema de la relación entre instituciones

25 Sobre el marco institucional de la administración pública española J.L. Melain Gil, "La administración pública a partir de la Constitución española del 1978", *Rev. Esp. Der. Const.*, nº 47, 1996, pp. 59 ss.; J. Suay Rincon, "Reflexiones sobre la posición de la Administración pública en la Constitución española de 1978. En particular, comentarios a los artículos 103.1 y 106.1 de la Constitución", *Rev. Der. Pol.*, nº 37, 1992, pp. 83 ss.; F. Garrido Falla, M. Baena Del Alcazar, R. Entrena Cuesta, *La administración en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

26 M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 12.

27 F. Sorrentino, "Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione", en *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. La subordinación de la administración a la ley y al control judicial constituye uno de los principios cardinales del Estado de Derecho. En la Ley Fundamental alemana se refieren tanto al sometimiento de la administración a la ley (art. 20 párr. 3) como al sometimiento al control judicial (art. 19 párr. 4 y 92 y ss.). Nos remitimos a M.D. Poli, "Il settore pubblico in Germania tra "continuità" e "trasformazioni", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, p. 2. En la Constitución española el principio de legalidad es consagrado en el art. 103, mientras que el sometimiento de la actividad administrativa al control judicial está previsto en el art. 106. Al respecto, A. Aguilar Calahorra, "La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en España", de próxima publicación en el nº 20 de la *ReDCE*.

28 Acerca del proceso de globalización de los mercados y, sobre todo, sobre la tensión entre derecho y economía vid. P. Grossi, "Globalizzazione, diritto, scienza giuridica", en *Il Foro It.*, nº 5, Parte 4, 2002, pp. 151 ss.; J.F. Sanchez Barrilao, "Derecho europeo y globalización: mitos y retos en la construcción del derecho constitucional europeo", *ReDCE*, nº 12, pp. 115 ss..

y evolución económica, teniendo en cuenta que los poderes públicos y sus estructuras administrativas, desde siempre, se han ocupado del gobierno de la economía<sup>29</sup>. Por un lado, de hecho, la crisis de la soberanía estatal en sentido vertical y en sentido horizontal dificulta reconducir el denominado sistema multinivel en una síntesis unitaria<sup>30</sup>, por otro, las Constituciones decimonónicas – que tendían a apropiarse de la política, aspirando a la realización de un proyecto pre-elaborado mediante la predisposición de un papel activo del Estado en la economía –, ceden el paso a fenómenos de autoorganización frente a la complejidad de una sociedad que no trata ya de darse por supuesta como una realidad predefinida<sup>31</sup>.

Se aprecian, simultáneamente, algunos procesos que se pueden reagrupar en tres categorías: el fin del viejo modelo de intervención de la economía, la introducción de las relaciones internacionales y comunitarias y las dinámicas internas. En una primera aproximación, todas ellas se pueden reconducir al fenómeno más amplio de la «deregulation»<sup>32</sup>. Las liberalizaciones del mercado, la privatización de las empresas públicas, la creación de autoridades de regulación, la deslegalización y la aparición de nuevas fuentes del derecho constituyen, a título meramente ejemplificativo, índices del progresivo retraimiento del derecho público en comparación con la actividad de dirigismo parcial o total de sectores de la economía que antaño condicionaban o limitaban la actividad económica privada.

En este sentido, resulta oportuno preguntarse si el Estado – que, quizás, ha perdido o está progresivamente perdiendo la capacidad de intervenir directamente en muchos sectores de la regulación de la vida pública –, tiene todavía la posibilidad de incidir, al menos, indirectamente, a través de actividades de regulación o, por lo menos, si es todavía el destinatario final de todas las directrices que emanan de las nuevas organizaciones administrativas institucionales y espontáneas<sup>33</sup>. Es posible constatar, en principio, que los

29 Sobre la relación histórica entre los poderes públicos y las relaciones económicas nos remitimos a M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 15 ss..

30 A. Ruggeri, "CEDU, diritto 'eurounitario' e diritto interno: alla ricerca del 'sistema dei sistemi'", *www.gruppodipisa.it, passim*.

31 Respecto de la dificultad de las Constituciones para ordenar y regular los fenómenos políticos y sociales nos remitimos a M. Carducci, "Sulla economia politica del costituzionalismo «multilivello»", en G. Rivoecchi, M. Zupetta (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2010, pp. 103 ss.; M. Azpitarte Sánchez, "La función de la Constitución en el contexto contemporáneo", *ReDCE*, nº 12, pp. 171 ss.

32 G. Di Plinio, *Il common core della deregulation*, Giuffrè, Milano, 2004; C.P. Guarini, "Riflessioni in tema di regolazione del mercato attraverso autorità indipendenti", en F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 187 ss.

33 Se preguntan acerca de este aspecto, G. Amato, "Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato", *Riv. trim. dir. pubbl.*, nº 1, 2013, p. 2; F. Gabriele, "Processi di decisione multilivello e governo dell'economia: alla ricerca della sovranità economica", en F. Gabriele, M.A. Cabiddu (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea. Processi di decisione politica e sovranità economica*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 3 ss.

Estados nación no desaparecen, si bien, cambian en función de los intereses de la economía y, en consecuencia, del mercado: el mercado, de hecho, se convierte en un productor de novedades jurídicas, y en el creador del nuevo marco institucional<sup>34</sup>.

En este nuevo ámbito institucional surge, además, la cuestión de si el proceso de liberalización de los mercados y desregulación del derecho público, especialmente a través de la adopción de elementos propios del derecho privado, suponen una reordenación de las Constituciones nacionales de la segunda posguerra, corrigiendo los defectos de la forma del Estado social y democrático de Derecho, o bien favorecen e, incluso, aceleran su progresivo desmantelamiento y su definitiva desaparición.

## 4 UN NUEVO “HORIZONTE” PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 4.1 EL FIN DEL VIEJO MODELO DE INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA: LA IRUPCIÓN DE LA GOBERNANZA Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Actualmente, después de casi treinta años desde el intento de Massimo Severo Giannini de enumerar los aparatos administrativos, resulta difícil sobremanera llevar la cuenta de todas las administraciones («rectius» los aparatos administrativos) que, en el tiempo, han sido creados e indicar, de un modo exhaustivo, sin olvidar ninguna, todas las administraciones, dada la creciente y penetrante difusión de los centros de poder tanto a nivel vertical por la erosión de la soberanía estatal hacia arriba y hacia abajo, como a nivel horizontal por la promoción de la actividad de los individuos, singulares y asociados, para el desarrollo de actividades de interés general.

Ante todo, es preciso destacar, como ha subrayado la reciente crisis económico-financiera y se ha aludido anteriormente, que la democracia representativa, que encontraba sus coordenadas propias en el instrumento legislativo, cede el paso a instrumentos de gobernanza<sup>35</sup>, especialmente a nivel internacional, que encuentran salida en inéditas modalidades de producción normativa, el denominado «soft law». Gobernanza y «soft law» están, de hecho, diametralmente opuestos respecto a los aspectos caracterizadores del Estado constitucional de Derecho, incorporados en las Constituciones normativas de la segunda posguerra. La administración por ministerios, estrechamente vinculada por una relación de producción y responsabilidad frente al circuito democrático,

34 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 14, 20 ss.

35 Sobre el concepto de *governance* en contraposición al de *government* véase D. Urania Galetta, “Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nº 1, 2006, pp. 265 ss.; M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 7.

ha sido sustituida parcialmente por centros de poder sub-nacionales, nacionales y supranacionales, de elevado carácter técnico que, en la mayor parte de los casos, están desvinculados de cualquier relación de responsabilidad con los titulares del poder representativo; las formas de producción normativa de naturaleza pública, especialmente la ley del Parlamento, son reemplazadas por recomendaciones internacionales que se desarrollan en la relaciones entre los nuevos agentes del derecho internacional<sup>36</sup>. Estas últimas no son vinculantes, no expresan obligaciones, sino propósitos y están dirigidas a facilitar la cooperación entre los países miembros de las diversas organizaciones<sup>37</sup>.

La crisis fiscal del Estado, causada por la imposibilidad de continuar alimentando expectativas sociales, y la ampliación del mercado, debida a los fenómenos de interdependencia de la economía a escala planetaria, imponen, en consecuencia, el nacimiento de nuevos poderes públicos globales y regionales. El FMI (Fondo Monetario Internacional), la OMC (Organización Mundial del Comercio), la ONU (Organización de Naciones Unidas), las organizaciones de base regional, como la Unión Europea, el NAFTA («North American Free Trade Agreement») en el área norteamericana, el Mercosur (Mercado Común del Sur) en el área latinoamericana, la ASEAN («Association of South-East Asian Nations») en el área del sudeste asiático, las grandes empresas multinacionales, las ciudades globales como New York y Londres, constituyen, a título meramente ejemplificativo, la manifestación más nítida de la crisis del control de la política estatal sobre la economía y de su relativa transferencia a sedes orgánicas superiores a la dimensión de ésta o, incluso, más simplemente, a su supresión<sup>38</sup>.

En este nuevo contexto los procesos decisionales no irradian de arriba a abajo según los esquemas tradicionales. El proceso descrito determina el fin de las características específicas del Estado democrático de Derecho de la segunda posguerra: el ocaso de la concepción de la supremacía de los Parlamentos nacionales y de la centralidad de la ley, la disolución de la clara diferenciación entre derecho público y derecho privado y, en última instancia, la crisis de la división de los poderes del Estado<sup>39</sup>.

Los nuevos sujetos internacionales, en tanto que sujetos que desarrollan una actividad de interés general, por una parte, están dotados de una administración, de recursos y de procedimientos; de otra parte, inciden en el

36 Sobre este proceso nos remitimos a M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit.; I.M. Marino, "Diritto, amministrazione, globalizzazione", en *Dir. ec.*, n° 1, 2005, pp. 25 ss.

37 L. Perrotti, "Le organizzazioni internazionali", en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 1741-1742.

38 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 101 ss.; F. Cocozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 75 ss.; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 291 ss.; Id., *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 37; E. Sciso, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 7 ss.

39 M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, cit., pp. 21 ss.

derecho administrativo nacional. De hecho, los ordenamientos internos están, en grado cada vez mayor, obligados a respetar un derecho establecido desde fuera del Estado y pierden la exclusividad de sus funciones. Las organizaciones internacionales influyen en el reparto de las funciones nacionales y, según su poder normativo y decisonal, sobre el ejercicio de estas mismas funciones, inspirando la orientación, los procedimientos y los institutos jurídicos. Las administraciones nacionales, a su vez, se convierten en los principales órganos de ejecución periféricos de estos organismos, instaurando con ellos un proceso comunicativo de “fecunda fertilización” de institutos jurídicos<sup>40</sup>. Ello sucede especialmente en el proceso de integración europea, en tanto que éste no se produce solo por vía normativa, a través de la producción de contenidos que se insertan directamente en los ordenamientos de los Estados miembros, sino también por vía administrativa, puesto que los aparatos administrativos – como los jueces- de cada país miembros son llamados a darles ejecución directa como órganos de la Unión<sup>41</sup>.

La globalización, además, produce la difusión de un conjunto de técnicas derivadas del sector privado para la mejora de la eficiencia del sector público. Éstas son sintetizadas por la doctrina mediante la fórmula del «new public management», en referencia a una revolución directiva mediante la instauración de procesos de «agencification, de marketisation, de customer orientation, de orientación a los resultados, de mejora de la gestión financiera (value for money), de outsourcing»<sup>42</sup>.

#### 4.2 LA FUGA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INDUCIDA POR EL PROCESO DE INTEGRACIÓN EUROPEO

El originario orden internacional, basado en la igualdad de los Estados, ha sido sustituido por un nuevo orden mundial al que se asoman nuevas organizaciones que no funcionan según las lógicas democráticas.

Las organizaciones internacionales, como los entes públicos económicos privatizados, se han organizado según las reglas propias del derecho privado. El FMI y el BM (Banco Mundial) han sido sometidos a los principios propios de las empresas, de ahí que las decisiones sean adoptadas en base a la mayoría del capital suscrito por los Estados miembros en lugar de la mayoría de los votos expresados por los Estados miembros<sup>43</sup>. En consecuencia, las líneas directrices del orden mundial son siempre expresadas por los países que ostentan la

40 L. Perrotti, *op. cit.*, pp. 1716-1717, 1721.

41 Sobre la evolución del derecho administrativo europeo, nos remitimos a S. Cassese, “La signoria comunitaria sul diritto amministrativo”, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nº 2-3, 2002, pp. 291 ss.

42 M. Savino, “Le riforme amministrative”, en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 2279-2280.

43 F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio di maggioranza*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 209 ss.

mayoría del accionarado de estas organizaciones<sup>44</sup>. Se asiste, pues, a una progresiva privatización de las formas de producción jurídica que «porta con sé uno scivolamento di potere dagli stati alle forze economiche dei mercati»<sup>45</sup>.

La liberalización de los intercambios y el desarrollo de las finanzas han liberado a los operadores económicos de los límites fijados por los Estados y han creado una distancia insuperable entre los límites del derecho estatal y la expansión de la economía<sup>46</sup>. El rápido desarrollo de la técnica favorece, por lo tanto, un proceso de transformación del orden internacional a través del cual las fronteras estatales son sustituidas por nuevos contornos que no son fijados por la política sino por la economía<sup>47</sup>. Ya no son, por lo tanto, los poderes estatales quienes determinan la disciplina aplicable a las relaciones económicas, sino que el derecho aplicable lo eligen las empresas multinacionales<sup>48</sup>. Se produce, así, el denominado «shopping law system», en virtud del cual los empresarios deslocalizan la producción allí donde pueden obtener las condiciones más favorables respecto del coste del trabajo y los beneficios fiscales<sup>49</sup>. De modo reflejo, con el fin de obtener inversiones e incrementar la competitividad del país a nivel global, los Estados tratan de atraer a las empresas mediante la adopción de sistemas fiscales y de protección social más favorables<sup>50</sup>.

Las raíces de esta dinámica global se localizan en el proceso de financiarización de la economía a escala internacional y en la integración europea a nivel supranacional. De hecho, como consecuencia de la crisis de los acuerdos de «Bretton Woods», fundados en la condición del dólar como standard monetario indiscutible sobre los cambios fijos y sobre la función reguladora y crediticia del FMI, la decisión estadounidense, madurada tras el brusco desarrollo de la economía alemana y japonesa, de sustituir el sistema de cambios fijos por otro de cambios flexibles, cuya determinación ha sido vinculada a las fluctuaciones de las monedas en los mercados internacionales para recuperar competitividad a nivel internacional, ha iniciado una fase de

44 L. Ronchetti, "Il nomos della deterritorializzazione", en *Riv. dir. cost.*, 2003, p. 110.

45 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 61.

46 Sobre la tensión entre derecho y economía, véase n° Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma – Bari, 2004, p. 9; Id., "Tramonto della sovranità e diffusione del potere", *Dir. soc.*, n° 3-4, 2009, pp. 473 ss.

47 Esta es la opinión expresada por L. Ronchetti, *op. cit.*, p. 114. Acerca de la transformación del derecho internacional se pronuncia también E. Sciso, *op. cit.*, p. 4. También M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 94.

48 Sobre la divergencia entre Derecho constitucional y el proceso de globalización, V. Teotonico, "Globalizzazione e Welfare State. Dal declino delle politiche sociali alle prospettive del loro rinnovamento", en F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, pp. 379 ss.

49 n° Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, cit., p. 84; U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, trad. it. de E. Cafagna y C. Sandrelli, Carocci, Roma, 2009, p. 15.

50 Cfr. M.S. De Vries, "L'attacco allo Stato. Un confronto di idee", en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n° 6, 2000, pp. 1229 ss.

interdependencia económica mundial también como consecuencia de la liberalización de los movimientos de capitales<sup>51</sup>.

Los Estados, a fin de protegerse de los riesgos de la interconexión entre las economías, han procedido a acelerar los procesos de integración económica regional. La superposición de las reglas elaboradas a nivel comunitario ha modificado profundamente los textos de las Constituciones nacionales. De hecho, la Comunidad económica europea (ahora Unión Europea), aunque nacida con una finalidad estrictamente económica, ha incluido de manera notable en todos los tratados formas peculiares de la acción estatal.

Según un sector de la doctrina el proceso de integración europea habría provocado una modificación en sentido sustancial de las Constituciones de los Estados miembros como consecuencia de las cláusulas de apertura al derecho de emanación europea, hasta el punto de provocar una re-lectura de las disposiciones constitucionales relativas a las relaciones económicas y sociales. De hecho, resulta una opinión usual, la de que el ordenamiento comunitario (ahora europeo), nacido de una concepción económica eminentemente neoliberal, se ha centrado en el valor del mercado y de la concurrencia<sup>52</sup>. Francesco Coccozza ha afirmado al respecto, que la Constitución italiana ha sido heterointegrada por el principio fundamental del mercado de la constitución europea y de sus axiomas, los cuatro principios de libertad de circulación (mercancías, capitales, servicios y trabajadores)<sup>53</sup>, junto a la convicción de que, a pesar de que los Tratados propugnan la neutralidad relativa a la propiedad y a la gestión de las empresas (art. 222 TCE), la iniciativa económica debería ser estrictamente privada<sup>54</sup>.

La realización de estos objetivos ha sido perseguida a través de un recorrido de reformas en los Estados miembros que trataban de obtener los siguientes resultados:

1. Que el derecho privado sustituya a los estatutos especiales de derecho público aplicables a las empresas públicas;

51 Sobre el sistema de *Bretton Woods* y sobre el proceso de progresiva financiarización de la economía a escala mundial vid. G. Bucci, "La sovranità popolare nella trappola delle reti multilivell", *www.costituzionalismo.it*, pp. 10 ss.

52 F. Coccozza, "Riflessioni sulla nozione di Costituzione economica", *Dir. ec.*, 1992, p. 90; S. Cassese, "La Costituzione economica europea", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nº 6, 2001, p. 908.

53 F. Coccozza, Incidenza del diritto delle Comunità europees sul diritto pubblico nazionale dell'economia, en F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, cit., p. 77. Sostiene que, de este modo, se ha adoptado un modelo económico lejano del seleccionado por la mayor parte de las democracias occidentales de la segunda posguerra, I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma, 2012, pp. 30 ss.

54 G. Amato, "Autorità semindipendenti ed autorità di garanzia", en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 657.

2. Que la forma jurídica de la sociedad privada ocupe el lugar de los instrumentos de intervención de los poderes públicos (haciendas públicas, entes públicos económicos);
3. Que el contrato sustituya al acto unilateral del poder público (la medida administrativa de autoridad);
4. Que en lugar de la medida unilateral intervengan acuerdos entre los sujetos de derecho público o entre estos últimos y los privados;
5. Que la instauración de autoridades administrativas independientes sustituya a la autoridad administrativa tradicional controlada por el poder político<sup>55</sup>.

## 5 LA TRANSFERENCIA DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS CIUDADANOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La consagración del principio de subsidiariedad horizontal<sup>56</sup>, además del vertical, en el art. 5 TUE, favorece la participación de los individuos en el ejercicio de funciones de la administración con la consiguiente reducción de las actividades, especialmente prestacionales, de los aparatos públicos<sup>57</sup>. Ello

55 Sobre este intento de enumeración nos remitimos a F. Coccozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 67.

56 A decir verdad, los Tratados no consagran expresamente el principio de subsidiariedad horizontal sino únicamente el de subsidiariedad vertical. No obstante, la doctrina ha identificado numerosos rasgos reconducibles a supuestos de subsidiariedad horizontal, que hacen referencia, especialmente, a las disposiciones que tratan de aproximar las decisiones a los ciudadanos y a la regulación de las relaciones desarrolladas en materia económica y la tutela del mercado competitivo. Sobre el intento de localizar el principio de subsidiariedad en su versión horizontal en los Tratados europeos nos remitimos a L. Grimaldi, *Il principio di sussidiarietà tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Cacucci, Bari, 2006, pp. 105 ss. y 132 ss. Una muestra del principio de subsidiariedad horizontal se podría encontrar en el art. 5 del Protocolo (nº 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad cuando dispone que «Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga [...] sobre los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar».

57 Sobre el principio de subsidiariedad en el ordenamiento italiano vid. A. D'Atena, "Costituzione e principio di sussidiarietà", *Quad. cost.*, nº 1, 2001, pp. 13 ss.; L. Antonini, "Il principio di sussidiarietà orizzontale: da Welfare State a Welfare Society", *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, nº 1, 2000, pp. 99 ss.; T.E. Frosini, "Profillo costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale", *Riv. giur. Mezz.*, nº 1, 2000, pp. 15 ss.; I. Massa Pinto, "Spunti per una riflessione sul ruolo del principio di sussidiarietà nel rapporto tra Unione Europea e soggetti subnazionali", en T. Groppi (a cura di), *Principio di autonomia e riforma dello Stato*, Giappichelli, Torino, pp. 77 ss.; V. Cerulli Irelli, voz "Sussidiarietà (diritto amministrativo)", en *Enc. Giur. Trecc.*, Vol. XXX, Agg., Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss. Sobre la progresiva implementación del principio de subsidiariedad en los ordenamientos europeos vid. G.F. Ferrari, "Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata", *Le Reg.*, nº 4, 2006, pp. 625 ss. Sobre el principio de subsidiariedad en clave comparada: en el ordenamiento jurídico español vid. F. Balaguer Callejón, "Il principio di sussidiarietà nella Costituzione spagnola e negli Statuti di autonomia, nella prospettiva europea", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss.; en el ordenamiento alemán vid. D. Schefold, "Democrazia e sussidiarietà nell'esperienza tedesca", en G.C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Cedam, Padova, 2008, pp. 135 ss.; en el ordenamiento portugués vid. M.S. D'Oliveira Martins, "Democrazia e sussidiarietà. Esperienze, problemi e prospettive. Il caso portoghese", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 1 ss.

debería comportar una obligación de abstención de los poderes públicos de intervenir en los ámbitos prestacionales y de actividad en los que la iniciativa privada, con o sin fin de lucro, parece capaz de satisfacer espontáneamente las exigencias y las necesidades provenientes de la sociedad. Valoriza, en otras palabras, la autónoma administración de los ciudadanos de cara a la realización de finalidades de interés general, como consecuencia de la reducción del papel de los poderes públicos en las actividades económicas y del reconocimiento de una competencia general y prioritaria del individuo en materia económica. Se afirma, por lo demás, que a través del principio de subsidiariedad horizontal se habría introducido el principio institucional del mercado<sup>58</sup>, un principio superior al de la libre iniciativa económica y sus corolarios.

En realidad, la introducción de dicho principio no puede reducirse a su aplicación en el ámbito de las relaciones exclusivamente económicas. Afecta al paradigma bipolar que había caracterizado al derecho administrativo, asignando un papel preeminente a la administración pública, y que se basaba en la construcción de la dicotomía según la cual los intereses públicos son satisfechos por sujetos públicos y los privados por sujetos privados<sup>59</sup>. Constituye la manifestación, quizás más evidente, de la que José Esteve Pardo define como «nueva relación entre Estado y sociedad»<sup>60</sup> a través de la progresiva transferencia de funciones administrativas al sector privado<sup>61</sup> y, al mismo tiempo, determinaría también la que Umberto Allegretti ha definido como «desoggettivizzazione» de la administración pública por los aparatos públicos, fruto de la traslación del concepto de administración poder a la administración función a través de una interpretación no sólo formal sino especialmente material de la Constitución normativa<sup>62</sup>.

El principio, sea en su versión vertical u horizontal, puede ser definido en una doble acepción: de un lado, es posible identificar un nivel preferencial de ejercicio de las funciones administrativas, del otro, la decisión en favor del nivel más próximo a los ciudadanos parece relativizada por la posibilidad de atracción de las funciones a niveles superiores. La combinación de la intervención de

58 Según ciertas interpretaciones, de hecho, sería posible individualizar el principio de subsidiariedad horizontal, de modo indirecto, a través de una reconstrucción de las disposiciones de los Tratados en materia económica. Cfr. A. Moscarini, "Sussidiarietà e libertà economiche", *Dir. soc.*, 3, 1999, pp. 433 ss.; L. Grimaldi, *op. cit.*, pp. 137 ss. Sobre la introducción del principio del mercado y de la competencia en Constituciones no reformadas nos remitimos a G. Amato, "Il mercato nella Costituzione", *Quad. cost.*, n° 1, 1992, p. 16; G. Guarino, "Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzione comunitarie", *Quad. cost.*, n° 1, 1992, p. 32.

59 S. Cassese, "L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 602.

60 J. Esteve Pardo, La nueva relación entre Estado y sociedad, cit., pp. 85 ss.

61 J. Esteve Pardo, "La extensión del derecho público: una reacción necesaria", *Rev. Admin. Públ.*, n° 189, 2012, p. 14.

62 U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., pp. 108 ss.. Sobre la relación entre función administrativa e intereses públicos nos remitimos a P.G. Mattarella, "L'attività", en *Trattato di diritto amministrativo*, cit., pp. 702 ss.

los poderes públicos y de los ciudadanos supone «un nuovo modo (inedito) di amministrare»<sup>63</sup>, representado por la confluencia entre lo público y lo privado que persiguen objetivos de interés general<sup>64</sup>. Estos sujetos, aun cuando sean privados, participan en el ejercicio de actividades de interés general, en la observancia de especiales medidas de regulación o en la aplicación de las mismas normas previstas para la administración pública. Por ejemplo, la normativa italiana sobre el procedimiento administrativo impone a los sujetos privados encargados del ejercicio de actividades administrativas asegurar el respeto de los principios generales, nacionales y comunitarios, de la actuación administrativa (art. 1, pár. 1 ter., Ley de 7 de agosto de 1990, nº 241)<sup>65</sup>. Por otro lado, sin embargo, el principio de subsidiariedad se inserta en una dinámica dirigida a aproximar las instituciones a la comunidad y, en consecuencia, a los ciudadanos que son los principales destinatarios. En cualquier caso, sea en la primera o en la segunda versión, es posible, por tanto, identificar un claro valor material del principio que se traduce en un criterio de preferencia en las relaciones con el ciudadano, singular o asociado, que se convierte en el parámetro frente al que se compara tanto la idoneidad de los diversos niveles de gobierno como la obligación de favorecer la autónoma iniciativa de los individuos en el desarrollo de actividades de interés general<sup>66</sup>.

El principio, por lo demás, ha recibido, progresivamente, reconocimiento constitucional, tanto en su versión vertical como en la horizontal, en algunas de las Constituciones de los países miembros de la Unión Europea, especialmente para hacer frente a la crisis fiscal de las finanzas públicas y favorecer la ejecución por parte de las entidades locales y los particulares de las funciones sociales<sup>67</sup>, e incluso podrían identificarse algunos indicios en Constituciones no reformadas<sup>68</sup>.

63 G. Arena, "Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione", *www.astrid-online.it*, p. 22.

64 Para representar esta confluencia entre lo público y lo privado se habla de «tercer sector». Sobre este aspecto nos remitimos a M. Buquicchio, "Profili pubblicistici nell'evoluzione del "Terzo settore" tra economia e sussidiarietà", en L. Chieffi (a cura di), *Il Processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009; G. Tiberi, "La disciplina costituzionale del terzo settore", en *www.astrid-online.it*, pp. 1 ss.; S. De Gotzen, "Volontariato, sussidiarietà, pluralismo sociale e la tentazione del dirigismo (ancora sulla riforma della normativa sul volontariato – osservazioni sulla bozza governativa del 17 settembre 2003 di riforma della l. 266/91)", *Ist. fed.*, nº 5, 2003, pp. 918 ss.

65 Art. 1, par. 1 ter, Ley de 7 de agosto de 1990 nº 241: «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Sobre este aspecto vid. S. Pellizzari, "Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione", *Ist. fed.*, nº 3, 2011, pp. 609 ss.

66 Sobre el valor material y no sólo procedimental del principio vid. A.M. Poggi, "Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica", *www.astrid-online.it*, pp. 1 ss.; G. Tiberi, *op. cit.*, pp. 15 ss.

67 G.U. Rescigno, "Sussidiarietà e diritti sociali", *Dir. pubbl.*, nº 1, 2002, pp. 5 ss.

68 Sobre estos intentos en la Constitución española vid. F. Balaguer Callejón, "Il principio di sussidiarietà", *cit.*, pp. 7 ss.

## 6 LA INTRODUCCIÓN DE MODELOS PRIVATISTAS Y LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

El proceso de liberalización de los mercados y de privatizaciones de las empresas públicas comienza a principios de los años ochenta del pasado siglo en virtud de las políticas neoliberales inspiradas en los Estados Unidos de América por Ronald Reagan y en el Reino Unido por Margaret Thatcher. Dicho fenómeno ha resultado, además, favorecido por la convicción de que, a pesar de que los Tratados propugnen la neutralidad respecto de la propiedad y de la gestión de las empresas, la iniciativa económica debe ser estrictamente privada. El art. 106 TFUE impone, de hecho, a los Estados miembros, no adoptar ni mantener respecto de las empresas públicas ninguna medida contraria a la libre competencia y al principio de no discriminación. Se requiere, por tanto, que se aplique el principio de neutralidad (y, en consecuencia, de indiferencia) del proceso de integración de los Estados miembros de la Unión Europea respecto a la intervención pública en la economía. Esto resulta especialmente destacable habida cuenta de que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tienen el carácter de monopolio han sido sometidas a las normas del Tratado<sup>69</sup>.

La reducción de las empresas públicas tiene lugar a través de la privatización, primero formal y después material. La primera no constituye un redimensionamiento del aparato organizativo público sino únicamente la sustitución de los regímenes especiales de derecho administrativo por modalidades organizativas privatistas; la segunda determina la cesión efectiva de las participaciones accionariales públicas a sujetos privados<sup>70</sup>. No obstante, ésta no se produce de manera uniforme en todos los países europeos. Adquiere dimensiones importantes en Italia, España y Francia pero no en Alemania por la resistencia de los sindicatos del sector, reticentes a la transferencia de las empresas públicas al régimen común del derecho privado<sup>71</sup>.

El fenómeno descrito favorece la consiguiente expansión, en los Países de tendencias liberales, de autoridades administrativas independientes,

69 F. Coccozza, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 67.

70 Acerca del proceso de privatización de las empresas públicas en Italia nos remitimos a S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit., pp. 217 ss.; A.M. Nico, *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Cacucci, Bari, 2001; B. Cavallo, "La privatizzazione degli enti pubblici economici", en F. Gabriele, G. Bucci, G.R. Guarini (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, cit., pp. 53 ss.; M. Clarich, "Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana", *Studi e note di economia*, nº 1, 1996, pp. 21 ss.; A. Colavecchio, "Privatizzazioni e liberalizzazione nel settore dei servizi pubblici: cause d'origine e condizioni d'attuazione", *Amministrazione e politica*, nº 5-6, 1998, pp. 661 ss.. Sobre el proceso de privatización en España, nos remitimos a A. Troncoso Reigada, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997; A.M. Nico, "Le privatizzazioni in Spagna", en R.G. Rodio (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, en *Trattato di diritto amministrativo* (dir. G. Santaniello), Cedam, Padova, 2003, pp. 397 ss.; S. Martín-Retortillo Baquer, "Reflexiones sobre las privatizaciones", en *Rev. Adm. Públ.*, nº 144, 1997, pp. 7 ss.

71 M.D. Poli, "Il settore pubblico in Germania tra "continuità" e "trasformazioni", cit., p. 8.

organismos de derecho público a los que se encomienda la actividad de regulación en los respectivos sectores de actividad. La liberalización de los servicios de interés económico general no supone la ausencia de intervención pública en la actividad de regulación de la economía, sino la asunción de una nueva forma de intervención consistente en el ejercicio de una actividad de vigilancia respecto de los usuarios/consumidores<sup>72</sup>. El Estado no puede dejar, de hecho, a los competidores entre sí con el peligro de que se puedan producir monopolios u oligopolios, sin perjuicio de que existen valores e intereses que no son tutelados por el mercado. Éste es el caso, por ejemplo, de la tutela de la dignidad humana, de la protección del medio ambiente, etc.<sup>73</sup>.

De una lado, pues, se constata la enajenación de sectores completos de servicios vinculados al monopolio estatal o de algún modo proporcionados o suministrados por sujetos públicos, sea en régimen de derecho administrativo, o sea en régimen de derecho común; de otro lado, sin embargo, son establecidas las autoridades de regulación del mercado, quienes fijan las reglas de funcionamiento, organización y control de la prestación de los servicios públicos.

El desarrollo de las autoridades administrativas independientes plantea el problema de su cualificación y de su ubicación en el ordenamiento constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea. Desarrollándose sobre el modelo de las «independent regulatory commissions americanas»<sup>74</sup>, las características heterogéneas de las diversas autoridades y la falta de una previsión constitucional hacen difícil la aplicación de reglas generales. Las autoridades administrativas independientes están diferenciadas del poder gubernativo de dirección política en contraste con los ordenamientos europeos de tipo monista como Francia e Italia, donde todas las administraciones son aparatos al servicio del Gobierno y del Ministro responsable de su ministerio ante el Parlamento.

No obstante, en algunos ordenamientos, a fin de otorgar un fundamento constitucional a las autoridades de regulación, atendiendo a la respectiva atribución de poderes normativos secundarios, se han realizado reformas constitucionales: el art. 267.3 de la Constitución portuguesa prevé la posibilidad de crear autoridades administrativas independientes mediante ley; el

72 También existen, sin embargo, motivaciones de carácter interno para la expansión de organismos de regulación del mercado. En Italia, especialmente en los años 90, la crisis del sistema de partidos ha favorecido su nacimiento para evitar las degeneraciones de los condicionamientos y de las degradaciones de la política. Cfr. M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 79.

73 D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 11.

74 Sobre el modelo americano y sobre la progresiva confluencia de los modelos, nos remitimos a G. Di Plinio, *Il common core della deregulation*, cit., pp. 34 ss.; E. Virgala Foruria, "Agencias (y Agencias reguladoras) en la Comunidad Europea", *ReDCE*, nº 5, 2006, pp. 145 ss.. Sobre la génesis y los caracteres del modelo estadounidense nos remitimos a C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 163 ss., y a las referencias doctrinales allí citadas.

art. 101.A de la Constitución griega ha establecido la duración del mandato de los componentes de tales organismos<sup>75</sup>.

En otros ordenamientos, sin embargo, a falta de una referencia constitucional expresa que legitime la posibilidad de instituir órganos que deroguen el principio de responsabilidad ministerial, la doctrina y la jurisprudencia han tratado en vano de encontrar un fundamento sobre la base de una interpretación sistemática de algunas disposiciones constitucionales.

En Italia<sup>76</sup>, una parte de la doctrina ha intentado justificar el nacimiento de estas instituciones apoyándose en el principio de la mayor descentralización administrativa (art. 5)<sup>77</sup> y sobre el principio de separación entre la política y la administración (arts. 97 y 98)<sup>78</sup>. No obstante, el art. 118 de la Constitución, en su nueva formulación consecuencia de la reforma del Título V, identifica los diferentes niveles territoriales a los que corresponde el ejercicio de las funciones administrativas sin mencionar las autoridades independientes. El reconocimiento de los principios de legalidad, de imparcialidad y de buen funcionamiento (art. 97) y aquél según el cual la actividad administrativa está al servicio de la Nación (art. 98) han permitido elaborar la distinción entre funciones de «indirizzo» reservadas a los órganos de gobierno, y funciones de gestión, reservadas al aparato administrativo, pero no permite lograr legitimar la total independencia del Gobierno teniendo en cuenta la elección constitucional de un modelo de administración pública de cuño ministerial.

Otra parte de la doctrina, sin embargo, ha fundamentado en la particular significación de algunos derechos constitucionales, que destacan en determinados sectores, la reclamación de una especial actividad de garantía que no puede ser desarrollada a través del ejercicio de la normal actuación administrativa. Siguiendo esta teoría, estas instituciones serían instituciones de la libertad y re-

75 E. Virgala Foruria, "Los organismos reguladores en la crisis económica: su reformulación en la ley de economía sostenible", *Rev. Esp. Der. Const.*, nº 94, 2012, p. 70. Desde una perspectiva comparada nos remitimos a G. Grasso, "L'anomalia di un "modello": le autorità (amministrative) indipendenti nei Paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un "inventario", *Il Politico*, nº 2, 2000, pp. 261 ss.; Id., "Spunti per uno studio sulle Autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)", *Quad. reg.*, 1993, pp. 1303 ss.

76 Sobre la naturaleza jurídica de los organismos de regulación y su compatibilidad con el ordenamiento estatal italiano, vid. *ex multis*, C.P. Guarini, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, cit., pp. 187 ss.; Id., "Riflessioni in tema di regolazione del mercato mediante autorità indipendenti", en F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 233 ss.; M. Cuniberti, "Autorità amministrative indipendenti e Costituzione", *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 3 ss.; F. Donati, "Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno", [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); A. Riviezzo, "Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale", *Quad. cost.*, nº 2, 2005, pp. 321 ss.; F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, il Mulino, Bologna, 2011.

77 Cfr. A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1992, pp. 52 ss.

78 M. Cuniberti, "Autorità amministrative indipendenti e Costituzione", *Riv. dir. cost.*, 2002, pp. 56 ss.

cibirían su propia legitimación en la primera parte de la Constitución, dedicada a los derechos y las libertades fundamentales<sup>79</sup>.

Análogamente, en el ordenamiento español<sup>80</sup>, la cuestión principal se refiere a la compatibilidad de las autoridades de regulación del mercado con el art. 97 de la Constitución, que establece que «el Gobierno dirige [...] la Administración civil». La independencia de las autoridades administrativas independientes contradice la actividad de dirección del Gobierno en las relaciones con la Administración, prevista en la Constitución.

Se ha afirmado al respecto, que las autoridades serían órganos administrativos no sujetos al poder de dirección política del Gobierno en virtud de la voluntad expresamente manifestada por la Ley<sup>81</sup>. Se objeta, sin embargo, que la creación de autoridades independientes no puede ignorar la previsión de la dirección por el Gobierno de la actividad administrativa que se concreta principalmente en dos mecanismos, el nombramiento y el cese de los altos cargos de la administración pública y la capacidad de dictar instrucciones a los organismos que componen la organización administrativa. Considerando que ambos mecanismos no están previstos para los organismos de regulación sino que, todo lo más, se contempla una actividad de dirección del Gobierno muy reducida que permite, únicamente en situaciones particulares, remover o no renovar a sus miembros, la doctrina española más rigurosa sostiene su inconstitucionalidad y la consiguiente necesidad de una reforma constitucional que los legitime constitucionalmente<sup>82</sup>.

En Francia, el Consejo de Estado y el Consejo Constitucional se han pronunciado a favor de la constitucionalidad de los organismos de regulación. A pesar de que éstos no estén previstos en la Constitución y sean difícilmente conciliables con el principio de división de poderes, especialmente con las previsiones al respecto de los arts. 20 par. 2 y 21 pár. 3<sup>83</sup>, la Constitución no impide que puedan ser creadas otras autoridades administrativas, que gozan de

79 G. Amato, "Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia", cit., pp. 645 ss.

80 Sobre la compatibilidad de las autoridades de regulación en el ordenamiento español, vid. E. Virgala Foruria, "Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica", en P. Chirulli, R. Miccù (a cura di), *Il modello europeo di regolazione. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Cattaneo*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 289 ss.; A. Eizmendi Amayuelas, "Últimas tendencias de la administración independiente española", *R.V.A.P.*, nº 91, 2011, pp. 147 ss.; L. Pomed Sanchez, "Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes", en *Rev. Adm. Públ.*, nº 132, 1993, pp. 117 ss.; E. Garcia Llovet, "Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho", *Rev. Adm. Públ.*, nº 131, 1993, pp. 61 ss.; J.M. Sala Arquer, "El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes", *Rev. Esp. Der. Adm.*, nº 42, 1984, pp. 401 ss..

81 F. López Ramón, "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente", *Rev. Adm. Públ.*, nº 126, 1991, p. 193.

82 E. Virgala Foruria, "Las Autoridades administrativas independientes en España: su regulación jurídica", cit.

83 G. Grasso, "Spunti per uno studio sulle Autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)", cit., pp. 1325 ss.

una independencia relativa desde la perspectiva de que no están sustraídas a la responsabilidad del Gobierno<sup>84</sup>.

La dificultad de encontrar un fundamento para las autoridades en las Constituciones nacionales ha llevado a la doctrina a reconducir su creación a ámbito el ordenamiento comunitario<sup>85</sup>. La normativa europea permite, de hecho, en ciertos sectores, también el ejercicio de poderes normativos por parte de las Autoridades independientes, constituyendo un fundamento de legitimación que satisfaría el principio de legalidad, a pesar de que estos poderes vengan atribuidos a órganos que difícilmente son compatibles con la arquitectura constitucional interna y que, por lo demás, no reciben ninguna legitimación democrática de tipo representativo<sup>86</sup>. El derecho de carácter supranacional no impone un modelo uniforme de autoridad de regulación de los diferentes sectores del mercado, dejando a los Estados miembros la adaptación de la creación de estos organismos a las peculiaridades del propio ordenamiento político-constitucional. Establece, sin embargo, un modelo, cuya configuración en los ordenamientos de carácter monista implica necesariamente, una atenuación del principio de responsabilidad ministerial y la sustitución de una relación de responsabilidad respecto de las instituciones comunitarias.

## 7 LA DESLOCALIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

La modernización de la administración pública se ha manifestado, especialmente en Europa, a través de la aprobación y la realización de reformas constitucionales y legislativas descentralizadoras que han afectado a los niveles intermedios de gobierno (por ejemplo, Regiones o Comunidades Autónomas) pero también a los entes locales. Casi al mismo tiempo, se ha evidenciado un proceso de reforma de los poderes locales en los principales países de la Unión Europea: en España en 1985, en Italia en 1990, en Gran Bretaña en 1992 y en el 2000, en Francia en 1992 y en 2003<sup>87</sup>.

84 *Conseil constitutionnel*, Decisiones 84-1973, de 26 de Julio de 1984; 86-217, de 18 de septiembre de 1986; 86-224, de 23 de enero de 1987; 88-248, de 17 de enero de 1989.

85 Es posible mencionar en favor de dicha tesis, al menos, una referencia textual en la normativa italiana relativa a la regulación de la competencia. El art. 1, pár. 4, de la Ley de 10 de octubre de 1990, nº 287 prevé, de hecho, que «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo (norme sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione) è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

86 Sobre la relevancia de las autoridades independientes en la normativa europea vid. P. Bilancia, "Autorità amministrative indipendenti e processo di integrazione europea", en F. Gabriele, G. Bucci, C.P. Guarini (a cura di), *Il mercato, le imprese, i consumatori*, cit., pp. 17 ss.; nº Longobardi, "Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale", [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), pp. 1 ss..

87 En general, sobre los procesos de descentralización del poder político y administrativo a nivel periférico en los Estados miembros de la Unión Europea, nos remitimos a M. Caciagli, *Regioni d'Europa. Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, il Mulino, Bologna, 2003.

El proceso de descentralización de las funciones administrativas responde a un proyecto, inspirado por la Unión Europea, de aproximación de la administración a los ciudadanos, ofreciendo nuevas formas de participación política a la dirección política de la administración pero también permitiendo una mayor participación directa de los ciudadanos en la actividad administrativa. Por este motivo, muchas Constituciones incorporan el principio de subsidiariedad vertical. El art. 5, pár. 3 TUE, de hecho, establece que «En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión». En base a la interpretación de esta norma el escalón territorial más próximo a los ciudadanos, el local, es titular de la competencia administrativa general. Todos los demás niveles territoriales resultan titulares de las funciones administrativas que les corresponden en base al principio de subsidiariedad vertical y al principio de proporcionalidad<sup>88</sup>. La previsión de formas más o menos acentuadas de autonomía regional o local tiene que afrontar, sin embargo, la tradición centralizadora de algunos Países. La Constitución de la V República francesa, por ejemplo, no distribuye directamente las competencias del Estado y de los entes sub-estatales, dejando la determinación de los principios fundamentales de autogobierno de las colectividades territoriales a la ley (art. 34.3)<sup>89</sup>.

Por otro lado, la descentralización política y la multiplicación de los niveles de gobierno dan lugar a una creciente interdependencia de las políticas entre los distintos niveles. La fragmentación de la administración resulta, pues, un factor de complicación, reclamando la introducción de instrumentos de acuerdo y de cooperación tanto horizontal (entre sujetos institucionales situados al mismo nivel) como vertical (entre sujetos institucionales situados en distinto nivel). Los diferentes niveles de gobierno, por lo tanto, no pueden considerarse aisladamente, debiendo colaborar en el ejercicio de las propias funciones, sobre todo en circunstancias en las que se requiere una atracción de las tareas hacia escalones más altos de la administración por razón de exigencias de carácter unitario.

No obstante, el análisis de la organización de la administración pública nos permite distinguir dos modelos teóricos de organización territorial de las funciones administrativas: el primero de origen germánico, denominado

---

88 Vid. Supra par. 5.

89 K. Blairon, "La dimensión del Estado y de las Administraciones públicas en perspectiva comparada. El caso francés", de próxima publicación en el nº 21 de la *ReDCE*, pp. 9, 24.

federalismo de ejecución, en el que la función ejecutiva no sigue necesariamente a la legislativa, pudiendo ser atribuida al ente que no posee la correspondiente función legislativa; el segundo de derivación estadounidense, que es definido por la doctrina con la expresión administración dual<sup>90</sup>, en el que cada entidad de gobierno desarrolla sus propias funciones en las materias de competencia legislativa que tiene asignadas<sup>91</sup>.

La Ley fundamental incorpora el denominado federalismo de ejecución<sup>92</sup>: el art. 83 GG asigna la ejecución de las leyes federales a los «Länder» y a sus administraciones, salvo que la Ley fundamental disponga o permita otra cosa<sup>93</sup>. Sin embargo, resultan raras las disposiciones constitucionales que asignan la competencia para desarrollar las leyes federales directamente a la Federación<sup>94</sup>. En estos casos, antes de la reforma federal de 2006, la ejecución de las leyes federales por parte de los «Länder» podía ser bloqueada sólo por una ley federal aprobada por ambas cámaras del Parlamento alemán. Sin embargo, para evitar que el «Bundesrat» se opusiera a la ejecución de las leyes federales, a modo de aquellos monocamerales, la reforma del federalismo ha introducido un mecanismo más flexible, atribuyendo la ejecución de las leyes federales a la competencia exclusiva del «Bundestag» salvo algunas hipótesis excepcionales<sup>95</sup>.

Los demás ordenamientos constitucionales siguen, como máxima, el principio de la administración dual. De este modo, se respeta el principio de la

90 El ordenamiento estadounidense ha pasado, sin embargo, de un modelo de federalismo de tipo dual a un federalismo de tipo «cooperativo», cuyo momento decisivo puede ser identificado en los años treinta de 1900, o lo que es lo mismo, en los años del *New Deal*. La Gran Depresión requirió una respuesta nacional que se tradujo en múltiples intervenciones para la recuperación económica. No obstante, el Tribunal Supremo, únicamente tras algunas vacilaciones, ha abandonado la teoría del federalismo dual para abrazar el cooperativo, también sobre la base de una interpretación extensiva de la *Commerce Clause*. Nos remitimos a L. Stroppiana, *Stati Uniti*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 104 ss.

91 Acerca de esta distinción vid. R. Bifulco (a cura di), *Ordinamenti federali comparati. II. America Latina, India, Europa, Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 339.

92 Otro ordenamiento que adopta el federalismo de ejecución es el austríaco. Sin embargo, ha sido considerado lleno de lagunas debido a un reparto de competencias «intrincado, hiperdetallado y totalmente desequilibrado en favor de la Federación». La Constitución federal austríaca prevé cuatro tipos de reparto de competencias: la federal a través de la legislación y ejecución (art. 10 B-VG), la federal mediante la actividad legislativa y regional mediante la ejecución (art. 11 c. 1 B-VG), la del *Bund* mediante la legislación de principio y los *Länder* a través de la legislación de aplicación y de la ejecución (art. 12 B-VG), y, finalmente, la regional tanto por la legislación como por la ejecución (art. 15 B-VG). Nos remitimos a F. Palermo, «Il federalismo austriaco: un cantiere sempre aperto», *www.issirfa.cnr.it*.

93 Art. 83 GG: «Los Länder ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa».

94 Distingue en cinco grupos la competencia administrativa residual de la Federación M. D. Poli, «La Administración pública en Alemania: principios, etapas evolutivas y sostenimiento del sistema frente a la crisis», de próxima publicación en el nº 20, 2013, de la *ReDCE*.

95 [95] A. Anzon Demmig, «La “modernizzazione” del federalismo in Germania: spunti di riflessione per l’attuazione e l’aggiornamento del regime delle competenze legislative nell’ordinamento italiano», *www.federalismi.it*, 11 ottobre 2006, p. 6; G. Piccirilli, «Föderalismusreform e ruolo del Bundesrat: la genesi della revisione costituzionale tedesca del 2006 e la riduzione delle leggi “bicamerali”», *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, pp. 5-6; J. Woelk, «Eppure si muove: la riforma del sistema federalismo fiscale tedesco», *Ist. fed.*, nº 2, 2007, pp. 201 ss.

correspondencia de las funciones legislativas y las funciones administrativas de los diferentes niveles de gobierno enumerados en la Constitución.

El ordenamiento constitucional español es un caso de este tipo. La administración estatal española sigue el modelo de administración dual y se subdivide en diferentes planos: central, estatal, y periférico que, a su vez, se subdivide en autonómico y provincial. Se distinguen, de hecho, competencias exclusivas del Estado que tienen por objeto tanto el ejercicio de la función legislativa como la ejecución, las competencias compartidas con la definición de los principios fundamentales por el Estado y del resto de la normativa legislativa y ejecutiva por parte de las Comunidades Autónomas, las competencias compartidas que tienen por objeto la legislación por parte del Estado y la ejecución por parte de las Comunidades Autónomas y, en última instancia, las competencias exclusivas, legislativas y ejecutivas, de las Comunidades Autónomas<sup>96</sup>.

La Constitución, sin embargo, no define las materias de competencia de las Comunidades Autónomas, remitiendo su delimitación a los Estatutos de Autonomía dentro de los límites fijados por la Constitución<sup>97</sup>. En algunos casos, aunque la competencia legislativa corresponde al Estado central, la Constitución atribuye su ejecución directa a las Comunidades Autónomas. Éste es el caso, por ejemplo, de la materia relativa a la legislación laboral<sup>98</sup>.

La Constitución italiana, con posterioridad a la reforma del Título V, ha abandonado el denominado principio del paralelismo que implicaba el ejercicio por parte de las Regiones, de las funciones administrativas en las mismas materias de competencia legislativa<sup>99</sup>. Difícilmente subsumible en uno de los dos modelos anteriormente indicados, adopta «un sistema di amministrazione diffusa nella società»<sup>100</sup> en el que las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno no se articulan a través del principio de jerarquía sino del principio

---

96 Sobre esta distinción en el ordenamiento español nos remitimos a F. Balaguer Callejón (dir.), G. Camara Villar, J.F. López Aguilar, M.L. Balaguer Callejón, J.A. Montilla Martos, *Manual de derecho constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 348-349.

97 Art. 147.2.d) de la Constitución española: «Los Estatutos de Autonomía deberán contener: [...] las competencias asumidas dentro del marco establecido por la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas».

98 Art. 149.1.7ª de la Constitución española: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

99 Art. 118.1 de la Constitución italiana (anterior a reforma): «Corresponden a las Regiones las funciones administrativas relativas a las materias enumeradas en el artículo anterior, salvo las de interés exclusivamente local, que pueden ser atribuidas por las leyes de la República a las Provincias, a los Municipios o a otros entes locales».

100 M. Picchi, *L'autonomia amministrativa delle Regioni*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 468.

de subsidiariedad, adecuación y diferenciación, consagrados en el texto constitucional desde la reforma del Título V<sup>101</sup>.

A tales efectos, se deben distinguir la potestad reglamentaria del Estado y de las Regiones y el ejercicio de las funciones administrativas.

El art. 117.6 de la Constitución italiana atribuye expresamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a las Regiones en las materias de competencias compartidas, además de en aquellas exclusivas o residuales. En las de competencia legislativa estatal, sin embargo, la potestad reglamentaria reside en el Estado, salvo delegación en las Regiones. Los Municipios, las Provincias y las Ciudades metropolitanas tienen potestad reglamentaria respecto de la organización y el desarrollo de las funciones que tienen asignadas<sup>102</sup>.

Por lo que se refiere al ejercicio de las funciones administrativas es el Municipio el ente dotado de competencia administrativa general salvo que, para asegurar el ejercicio unitario, sea conferida a Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones o Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación<sup>103</sup>. El mecanismo original italiano puede ser definido como móvil: la enumeración de las competencias establecidas en la Constitución debe ser leída sistemáticamente con la interpretación del principio de subsidiariedad proporcionada por la Corte constitucional<sup>104</sup>.

La Corte constitucional, en la Sentencia nº 303 de 2003, ha definido el principio de subsidiariedad como «un meccanismo dinamico che finisce col rendere meno rigida [...] la stessa distribuzione delle competenze legislative»<sup>105</sup>, a pesar de que ésta se refiera exclusivamente a las funciones administrativas. A tal fin, reclama exigencias unitarias que recorren también contextos caracterizados por un acentuado pluralismo institucional como la «konkurrirende Gesetzgebung» en el ordenamiento constitucional alemán o la «supremacy clause» en el ordenamiento federal estadounidense. La sentencia, en particular, reconoce que la fuerza de atracción de la subsidiariedad no puede dejar de tener consecuencias sobre el ejercicio de la función legislativa. El principio de legalidad, de hecho, impone que las funciones administrativas asumidas por la subsidiariedad sean organizadas y reguladas por la ley estatal,

101 Sobre los principios rectores de la administración periférica en Italia nos remitimos a M. Cammelli, "I raccordi tra i livelli istituzionali", *Ist. fed.*, nº 2, 2010, pp. 309 ss..

102 V. Cerulli Irelli, C. Pinelli, "Normazione ed amministrazione nel nuovo assetto costituzionale dei pubblici poteri", *www.astridon-line.it*, pp. 36 ss.

103 Art. 118,1 de la Constitución italiana: «Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación».

104 A. D'Atena, "Tra Spagna e Germania: i modelli storici del regionalismo italiano", en *Scritti in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012, p. 351.

105 Corte cost., Sent. 303 de 2003 ( *cons. in dir. 2.1* ).

aunque comprendan ámbitos de las competencias regionales<sup>106</sup>, siempre que, como consecuencia de un procedimiento, «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata»<sup>107</sup>.

## 8 LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y LA RENOVADA CENTRALIZACIÓN: EL ESTADO DE NUEVO PROTAGONISTA

El inicio de la descentralización administrativa en Europa había establecido las premisas para el definitivo ocaso de la histórica regla «unità politica = unità amministrativa»<sup>108</sup> y para la consagración del pluralismo institucional paritario. Como sucede a menudo, sin embargo, en las crisis económico-financieras los Estados nacionales han asumido la tarea de «Stato salvatore»<sup>109</sup> a fin de reconstruir los equilibrios económicos y sociales que podían resultar irremediabilmente afectados. En este contexto han realizado los gastos las autonomías regionales y locales, así como el correspondiente ejercicio de las funciones administrativas. No se trata de un acontecimiento localizable en un país, sino, por el contrario, de un fenómeno difundido en toda el área europea<sup>110</sup>. La percepción de la situación se aprecia en las afirmaciones del Presidente de la Conferencia de las Regiones italianas, Vasco Errani, el 27 de septiembre de 2011, quien, en una especie de despedida fúnebre, ha afirmado que «il federalismo è morto», comentando la reducción del rating de once entes territoriales italianos por parte de la agencia Standard and Poor's, como consecuencia de los efectos de las medidas económicas realizadas por el gobierno central en los últimos años<sup>111</sup>.

La constitucionalización del equilibrio presupuestario en las Constituciones de los Países miembros de la Unión Europea<sup>112</sup>, recomendada (o

106 Define como «único» en la perspectiva comparada el mecanismo adoptado por el legislador de la revisión constitucional A. D'Atena, "Tra Spagna e Germania: i modelli storici del regionalismo italiano", cit., p. 351.

107 Corte cost., Sent. 303 del 2003 ( *cons. in dir. 2.2* ), Acerca de este pronunciamiento véanse los comentarios de A. D'Atena, "L'allocation delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale", *Giur. cost.*, nº 3, 2003, pp. 2776 ss.; A. Anzon, "Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni", *ivi*, pp. 2782 ss.; A. Moscarini, "Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?", *ivi*, pp. 2791 ss.; A. Gentilini, "Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità", *ivi*, pp. 2805 ss..

108 M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 85.

109 G. Napolitano, "Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali", *Giorn. dir. amm.*, nº 10, 2008, pp. 1083 ss.

110 Sobre los efectos de la crisis económico-financiera sobre el sistema de las autonomías locales en Europa y la consecuente racionalización del sistema local, nos remitimos al número monográfico de *Ist. Fed.*, nº 3, 2012.

111 G. Gardini, "Editoriale. Le autonomie ai tempi della crisi", *Ist. fed.*, nº 3, 2011, p. 457.

112 Sobre la constitucionalización del equilibrio presupuestario, desde una perspectiva comparada, en los diferentes ordenamientos de la Unión Europea vid. C. De Caro, "La limitazione costituzionale del debito in

mejor impuesta) por las previsiones de los nuevos instrumentos de gobernanza europeos<sup>113</sup>, ha terminado por poner en riesgo los resultados alcanzados en relación a la asignación y distribución periférica de las funciones administrativas en virtud de la perniciosa ecuación «riduzione della spesa = riduzione dell'autonomia» a nivel periférico.

El modelo de referencia alemán, introducido a través de la reforma del «Föderalismusreform II» de 2009<sup>114</sup>, se difunde, con sus virtudes y defectos, en todos los ordenamientos constitucionales. El conocido art. 109, párr. 3 GG, establece expresamente que los presupuestos de la Federación y los «Länder» deben estar equilibrados, prohibiendo el recurso a cualquier préstamo. El legislador constitucional, sin embargo, diferencia la posición de la Federación y de los «Länder»: para la Federación, el equilibrio presupuestario deberá considerarse respetado también cuando el endeudamiento no supere el límite del 0,35% del producto interior bruto nominal; por el contrario, a los «Länder» no les está permitido recurrir a ninguna forma de endeudamiento, aunque la Ley Fundamental se remita a su autonomía para la regulación de los detalles en el ámbito de las competencias que tienen atribuidas<sup>115</sup>. La nueva regulación introduce una importante novedad en las relaciones entre centro y periferia que no podrá evitar desplegar efectos sobre la evolución de la forma de Estado. Como ha subrayado Raffaele Bifulco, de hecho, una parte de la reforma constitucional

---

prospettiva comparata: un confronto tra Francia e Spagna”, in AA.VV., *Costituzione e pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 267 ss.; I. Ciolli, “I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari”, *www.rivistaaic.it*, nº 1, 2012; A. Pirozzoli, “Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio”, *ivi*, nº 4, 2011; D. De Grazia, “Crisi del debito pubblico e riforma della Costituzione”, *IANUS*, nº 7, 2012, pp. 153 ss.; G. Delledonne, “Financial Constitutions in the EU: From the Political to Legal Constitution?”, *STALS Research Paper*, nº 5, 2012, pp. 8 ss.; M.A. Orlandi, “Vincoli di bilanci europei e ordinamenti dei Paesi dell'Europa centro orientale”, *www.forumcostituzionale.it*, pp. 1 ss.

113 El art. 3, párr. 2, del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión económica y monetaria (denominado “fiscal compact”) establece expresamente que la “regla del equilibrio presupuestario” deberá ser incorporada en los ordenamientos jurídicos nacionales, preferiblemente a nivel constitucional, en un plazo de un año desde la entrada en vigor del Tratado. Sobre los instrumentos de *governance* europeos derivados de la crisis económico-financiera v. F. Fabbrini, “Il Fiscal compact: un primo commento”, *Quad. cost.*, nº 2, 2012, pp. 434 ss.; M.P. Chiti, “La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni”, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, nº 1, 2013, pp. 1 ss.; A. Bar Cendón, “La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 30, 2012, pp. 59 ss.; F. Donati, “Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione Europea”, *www.rivistaaic.it*, nº 2, 2013, pp. 1 ss.

114 Para un cuadro sintético: Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, aprile 2011, nº 287. Sobre algunos comentarios respecto de la introducción de la regla de equilibrio presupuestario en Alemania v. R. Bifulco, “Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?”, *www.rivistaaic.it*, nº 3, 2011, pp. 1 ss.; R. Perez, “La nuova disciplina del bilancio in Germania”, *www.astrid.eu*, pp. 1 ss.; M. Kölling, “Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley fundamental alemana del 2009”, en *REAF*, nº 16, 2012, pp. 74 ss.; A. Arroyo Gil, “La reforma constitucional de 2009 de las relaciones financieras entre la Federación y los Länder en la República Federal de Alemania”, *REAF*, nº 10, 2010, pp. 40 ss.

115 El único medio de compensación de la mayor rigidez respecto de los Länder proviene de la circunstancia de que para éstos la nueva constitución (y por lo tanto, la previsión de la medida más rigurosa que impide recurrir a cualquier medio de endeudamiento sobre el producto bruto de sus propios Presupuestos), no resulta aplicable, según prevé el art. 143d, párr. 1 GG, hasta el 1 de enero de 2020.

puede producir el efecto de evitar situaciones de endeudamiento para los «Länder» que puedan conducirlos a la quiebra; de otro lado, la reducción de la capacidad de gasto de los entes federados se repercute en la capacidad de realizar inversiones, considerando especialmente que algunas materias – que constituyen el motor del Estado social- son competencia de los «Länder»<sup>116</sup>.

Esta diferencia estructural de regulación entre centro y periferia se reproduce claramente también en las reformas constitucionales heteroimpuestas, adoptadas en Italia y en España. En Italia, la reciente reforma constitucional, que entrará en vigor durante el ejercicio financiero de 2014, ha enriquecido la regulación del presupuesto, previendo en una serie de disposiciones el principio de equilibrio presupuestario (arts. 81, 97 y 119 Const.)<sup>117</sup>. La regulación excesivamente rigurosa en virtud de la previsión de parámetros más férreos de los impuestos a nivel supranacional<sup>118</sup>, reproduce una preferencia por el Estado: el Estado se reapropia de la competencia legislativa y ejecutiva en materia de «armonización de los presupuestos públicos» (art. 117, pár. 2, letra e), que se transforma de competencia concurrente en exclusiva, terminando por ratificar a nivel constitucional lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional había ya afirmado. La decisión nº 70 de 2012, de hecho, ha anticipado la aprobación de la Ley constitucional de introducción del equilibrio presupuestario, declarando inconstitucional una Ley de Presupuestos de la Región de Campania por falta de respeto a la obligación de cobertura de los gastos al que refiere el art. 81, pár. 4 Const., y por contravenir los principios contables del Estado y la coordinación

116 R. Bifulco, “Il pareggio di bilancio in Germania”, cit, p. 3.

117 La Ley constitucional nº 1 de 2012 ha modificado el texto de los arts. 81, 97 y 119 Const. Únicamente por vía indirecta era posible deducir de la antigua redacción del art. 81, pár. 4 Const. el principio del equilibrio presupuestario. Éste establecía que «Cualquier otra ley que imponga nuevos y mayores gastos deberá indicar los medios para hacerles frente». La nueva regulación, sin embargo, establece el principio del equilibrio presupuestario para el Estado previendo la posibilidad de recurrir al endeudamiento previa autorización de las Cámaras, adoptada por mayoría absoluta de los miembros, en el supuesto de circunstancias excepcionales. El principio de equilibrio presupuestario se convierte, pues, en regla de oro del sistema constitucional italiano, considerado que éste se establece, en el sentido del art. 97 Const., para todas las administraciones públicas. Del mismo modo, se reitera en el art. 119 Const., para los Municipios, las Ciudades metropolitanas, las Provincias y las Regiones. Sobre la introducción del equilibrio presupuestario en la Constitución italiana véase, *ex multis* R. Bifulco, “Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell’Unione. A proposito della riforma costituzionale sull’equilibrio di bilancio”, *www.rivistaaic.it*, nº 2, 2012; A. Brancasi, “Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione”, *www.osservatoriosullefonti.it*; C. Golino, “I vicoli al bilancio tra dimensione europea e ordinamento nazionale”, *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; G. Scaccia, “Equilibrio di bilancio tra Costituzione e vincoli europei”, *www.osservatoriosullefonti.it*; D. Morgante, “La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio”, *www.federalismi.it*.

118 De hecho, el art. 81, pár. 2 Const. it., no prevé la posibilidad de intervenciones de política económica en régimen de objetivos mínimos a diferencia del *Fiscal compact* que permite en momentos coyunturales un límite porcentual de endeudamiento del 0,5%. En otras palabras el ordenamiento constitucional italiano renuncia a un instrumento de intervención en la economía para sostener las políticas públicas. Cfr. F. Bilancia, *op. cit.*, p. 4. Responde a las observaciones expresadas por Bilancia D. Cabras, “Su alcuni rilievi critici al c.d. “pareggio di bilancio”, *www.rivistaaic.it*, nº 2, 2012.

de las finanzas públicas, establecidos por el legislador estatal en el sentido del art. 117, párr. 2, letra e) y párr. 3 Const.<sup>119</sup>.

La previsión de la autonomía financiera de ingresos y gastos de las Regiones en los límites de las restricciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento europeo se ha limitado por ulteriores límites que suponen «un freno irreversible y definitivo»<sup>120</sup>. El art. 119 párr. 6 Cost. admite la posibilidad para todos los entes territoriales de recurrir al endeudamiento «únicamente para financiar gastos de inversión» pero «con la consiguiente definición de planes de amortización y a condición de que para el conjunto de los entes de cada una de las Regiones se respete el equilibrio presupuestario».

La reforma constitucional española del art. 135 Const. ha formulado la regla de oro del equilibrio presupuestario para todas las administraciones públicas, precisando expresamente que el Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en una situación de déficit estructural que supere los límites establecidos por la Unión Europea a los Estados miembros<sup>121</sup>. Se procede, como ha subrayado Juan Francisco Sánchez Barrilao, a «la constitucionalización tanto de las propias Comunidades Autónomas, como de la integración de España en

119 La sentencia proviene de la cuestión de legitimidad constitucional promovida por el Presidente del Consejo de Ministros respecto de diversas disposiciones contenidas en la Ley de la Región de Campania, de 15 de marzo de 2011, nº 5, de aprobación del "Presupuesto de la Región de Campania para el año 2011, y Presupuesto para el trienio 2011-2013", posteriormente modificada por la Ley regional de 6 de diciembre de 2011, nº 21, relativa a "Ulteriores disposiciones urgentes en materia de finanzas regionales". Las disposiciones hacen referencia al avance de previsiones previstas en el ejercicio precedente con cobertura financiera de partidas de gasto del Presupuesto y con especial referencia a fondos vinculados; las implicaciones del principio de cobertura financiera con respecto al recurso al mercado financiero y a instrumentos financieros derivados; las implicaciones del principio de prudencia con respecto al montante del crédito inherente a los gastos no realizados en relación a las sumas canceladas. La Corte constitucional ha juzgado fundadas las alegaciones formuladas por el Presidente del Consejo de Ministros, sosteniendo la no conformidad con el principio de cobertura financiera del art. 81, párr. 4 Const, en lo que respecta a «realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente». Sobre la sentencia de la Corte constitucional nº 70, de 28 de marzo de 2012, nos remitimos a las reflexiones de G. Rivosecchi, "Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione", *www.rivistaaic*, nº 3, 2012, pp. 5 ss.; D. Morgante, "Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale", *www.federalismi.it*; M. Nardini, "La "tutela degli equilibri di bilancio" delle Regioni nella sentenza nº 70/2012 della Corte costituzionale, alla luce dei nuovi articoli 81 e 119 della Costituzione (nota a sentenza 28 marzo 2012 nº 70)", *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; D. Monego, "Ius superveniens in via principale tra trasferimento della questione, estensione ed illegittimità consequenziale", *www.forumcostituzionale.it*.

120 G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, cit. p. 109.

121 La regla del equilibrio presupuestario ha sido introducida a través de una revisión constitucional y ha sido promulgada por el Rey y publicada el mismo día, el 27 de septiembre de 2011, en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Sobre la constitucionalización del equilibrio presupuestario en la Constitución española, *ex multis*, G. Ruiz-Rico Ruiz, "La Constitución normativa y el principio de estabilidad presupuestaria", *Ist. fed.*, nº 1, 2013, pp. 229 ss.; M. Medina Guerrero, "La reforma del artículo 135 CE", *Teoría y realidad constitucional*, nº 29, 2012, pp. 131 ss.; M.J. Ridauro Martínez, "La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?", *ivi*, pp. 237 ss.; M.J. Moran Rosado, "El factor europeo en la reforma constitucional española. Algunos apuntes sobre los aspectos internacionales de la segunda reforma de la Constitución española", *Rev. gen. der. comp.*, nº 11, 2012, pp. 1 ss.; R. Tur Ausina, F. Sanjuán Andrés, "Spagna. La riforma dell'art. 135 della Costituzione introduce appositi limiti al deficit e al debito pubblico", *DPCE on line*, nº 4, 2011.

la Unión Europea; y en cuanto a ésta, además, integrando el Derecho europeo como parámetro de constitucionalidad»<sup>122</sup>.

El Tribunal Constitucional ya había reconocido en la sentencia nº 134 de 2011, la capacidad del Estado para aprobar disposiciones legislativas en materia de estabilidad económico-financiera, situando su fundamento constitucional en algunas materias expresamente reservadas a la competencia estatal<sup>123</sup>. La reforma constitucional, por tanto, no atribuye un nuevo título competencial al Estado central. Renueva su fundamento constitucional y, a tal fin, somete la regulación del Presupuesto a la Ley Orgánica. La reforma constitucional, a diferencia de la solución alemana e italiana, no establece directamente los límites al déficit y al endeudamiento público pero encomienda dicha misión a una expresa Ley Orgánica, previendo que los gastos para el pago de la deuda pública tienen preferencia respecto a otras tipologías de gasto (art. 135.3 segundo periodo).

El art. 135.5, de hecho, dispone expresamente que una Ley Orgánica desarrollará los principios a los que se refiere este artículo y, entre otros aspectos, regulará la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las diferentes administraciones públicas, las situaciones excepcionales que permitan derogar tales límites, la forma y los términos para recuperar el déficit producido, la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada administración en caso de inobservancia de los límites de estabilidad financiera. A su vez la nueva Ley Orgánica atribuye al Estado la posibilidad de fijar unilateralmente los objetivos de presupuesto de todas las Administraciones territoriales, incluidas las Comunidades Autónomas; la regulación anterior, sin embargo, dejaba la determinación de los objetivos de cada Comunidad Autónoma al Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF). Éste último tiene ahora un papel meramente consultivo. El art. 15 de la Ley Orgánica nº 2 de 2012<sup>124</sup>, que desarrolla la regulación constitucional, establece que, en el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y previo parecer del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas

122 J. F. Sanchez Barrilao, "La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución Española", *Bol. Mex. Der. Comp.*, nº 137, 2013, pp. 679 ss.. En términos similares se ha precisado que la reforma constitucional ha constatado, a través de la «cláusula europea» del equilibrio presupuestario, la pertenencia de España a la Unión Europea. Cfr. J. García-Andrade Gomez, "La reforma del artículo 135 de la Constitución española", *Rev. Adm. Públ.*, nº 187, 2012, p. 60; G. Ruiz-Rico Ruiz, *op. cit.*, p. 235.

123 La Sentencia del Tribunal Constitucional identificaba la legitimidad de la intervención estatal en materia de equilibrio presupuestario en los siguientes ámbitos competenciales: las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.13), las finanzas públicas y la deuda del Estado (art. 149.14), el sistema monetario (art. 149.11) y las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.18). Cfr. A. Galera Victoria, "El legislador autonómico y el principio de estabilidad presupuestaria", *Teoría y realidad constitucional*, nº 31, 2013, p. 617.

124 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de 2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). La Ley ha sido modificada en algunos contenidos por la posterior Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre de 2012.

fija los objetivos para alcanzar el equilibrio presupuestario y de reducción del déficit público<sup>125</sup>. Las Comunidades Autónomas no pueden influir ni directa ni indirectamente en las decisiones en materia financiera, siendo el parecer del Consejo de Política Fiscal y Financiera preceptivo pero no vinculante<sup>126</sup>.

El marco constitucional, además de la normativa europea, afecta, por tanto, a la autonomía de las Comunidades Autónomas. Las Administraciones públicas y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas, no pueden determinar ni incidir sobre la decisión relativa a los límites de endeudamiento de las cuentas públicas. Con mayor razón la regulación constitucional excluye que las administraciones públicas puedan determinar las circunstancias excepcionales que permiten superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública remitiendo también esta definición a la Ley Orgánica (art. 135.4)<sup>127</sup>.

La legislación de desarrollo del art. 135 – que viene a formar parte integrante del denominado bloque de constitucionalidad – produce la «recentralización del modelo autonómico y local»<sup>128</sup>, confiriendo al Estado mecanismos de control, de corrección y sancionadores sobre el conjunto del sector público, aun cuando muchas Administraciones, como las Comunidades Autónomas, han sido dotadas de autonomía constitucional<sup>129</sup>, vulnerando la autonomía política y la capacidad de incidir en algunos sectores clave de competencia autonómica<sup>130</sup>. Se está produciendo, en consecuencia, una progresiva revisión indirecta del modelo autonómico a través del principio del equilibrio presupuestario y la atribución de poderes e instrumentos al Estado central con capacidad para incidir sobre la configuración y estructura de la forma de Estado<sup>131</sup>.

## 9 OBSERVACIONES FINALES

La proliferación de los aparatos administrativos ha supuesto la contextual y progresiva erosión del monopolio de la administración estatal que, repartida

125 M. D. Arias Abellán, “Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las Comunidades Autónomas”, *REAF*, nº 18, 2013, p. 150.

126 *Ibidem*, p. 151.

127 *Ibidem*, p. 137.

128 G. Ruiz-Rico Ruiz, *op. cit.*, p. 257.

129 Sobre los mecanismos de control de las reglas de estabilidad y de sostenibilidad cfr. E. Albertí Rovira, “El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español”, *Rev. Esp. Der. Const.*, nº 98, 2013, pp. 63 ss.; J. Esteve Pardo, “La nueva relación entre Estado y sociedad”, *cit.*, pp. 148-149; L. Ferraro, “La crisi finanziaria e lo Stato autonomo spagnolo”, *www.rivistaic.it*, nº 4, 2012, p. 6; M.D. Arias Abellán, *op. cit.*, pp. 155 ss..

130 E. Albertí Rovira, *op. cit.*, pp. 63 ss., subraya que muchos de los instrumentos adoptados por el Estado en el último año para contener el déficit y reducir la deuda pública han incidido en algunos ámbitos de competencias de las Comunidades Autónomas de gran importancia. Entre ellos, el autor recuerda la sanidad, la educación, la función pública, el comercio interior y algunas prestaciones sociales (p. 80). También G. Ruiz-Rico Ruiz, *op. cit.*, p. 260.

131 G. Ruiz-Rico Ruiz, *op. cit.*, p. 261.

antes entre centro y periferia, se ha convertido, con el paso del tiempo, en «multiorganizzativa»<sup>132</sup>. Las nuevas articulaciones de la administración no pueden ser todas definidas como sujetos de derecho público, sometidas a la disciplina del derecho especial. Como se ha podido observar, de hecho, la mayor parte de las organizaciones internacionales, que influyen incluso en la potestad decisoria y sobre la relativa capacidad de gasto y de control de las finanzas de los Estados, son entes de derecho privado que funcionan según la regulación del derecho común, la del derecho privado. Las mismas relaciones entre los Estados parecen sometidas al principio plutocrático más que al principio de la paridad entre los Estados en las relaciones internacionales. Existen, de hecho, Estados que dentro de las organizaciones “regionales”, tienen una facultad de intervención mayor respecto a otros Países y una capacidad de «moral suasion» sobre la definición de las políticas de los Estados más débiles.

De otro lado, las mismas formas y modalidades de intervención de los nuevos sujetos de derecho y de los Estados cambian de forma. La crisis económico-financiera es ejemplificativa de este proceso. El instrumento informal de las cartas enviadas por el Banco Central Europeo a los Gobierno italiano y español, representan nuevas formas de coerción de poderes neutrales sobre la capacidad decisoria de los Estados. Dificilmente reconducibles a las fuentes del derecho tradicionalmente entendidas, representan verdaderas y propias recomendaciones vinculantes que tratan de orientar las políticas de los Ejecutivos estatales hacia formas de redimensionamiento de la burocracia y de intervención en la economía dirigidas a tranquilizar a los mercados financieros, quienes se convierten en los principales destinatarios de las políticas estatales.

Las principales directrices de la reforma de la administración y de las formas de regulación en la economía representan el efecto del fenómeno de la globalización y, especialmente, de la participación en el proceso de integración europea, unida a algunas degeneraciones internas, la crisis fiscal del Estado y la expansión de actos de corrupción, causados por el entrelazamiento entre política y administración. La consagración del principio de mercado y de la concurrencia, la predilección por modalidades de iniciativa económica privada, la previsión de límites al endeudamiento del Estado y de los entes periféricos, la consagración del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, la preferencia por formas de administración y de decisión más próximas a los ciudadanos, inducen a los Estados de la Unión Europea a reformas constitucionales y legislativas. Estas últimas, más o menos similares en todos los países de la Unión, reflejan un proceso inverso a aquel que, hasta ahora, se había producido. Antes la economía y los mercados habían sido funcionales a la potestad decisoria de los

132 Prefiere este término antes que el de administración “pluralista” o “policéntrica” C. Franchini, *op. cit.*, p. 266. También declina en plural el concepto de administración pública R. Caridà, “Principi costituzionali e pubblica amministrazione”, *www.giurcost.org*, p. 1.

poderes públicos y de los Estados, ahora la globalización económica produce un fenómeno inverso que, aún no suponiendo la desaparición de los aparatos públicos y de los Estados, produce «una funzionalità invertita tra stati e mercati» en virtud de la cual «l'economia modifica in maniera sotterranea e silenziosa il quadro istituzionale»<sup>133</sup> para hacerlo más adaptable a sus propias necesidades.

Se trata de una evolución repetida en el curso de los últimos decenios. En un principio con la disminución de los entes públicos económicos a través del proceso de privatización y la consiguiente proliferación de las autoridades administrativas independientes, difícilmente subsumibles en el seno de la organización de la administración continental por ministerios, y la devolución a nivel periférico de una multiplicidad de objetivos institucionales para simplificar el pesado aparato administrativo del Estado central; ahora a través de la constitucionalización del equilibrio presupuestario y la re-centralización de la competencia en materia de disciplina financiera y de límites al endeudamiento en la Unión Europea y, después, en el Estado en calidad de garante de las obligaciones asumidas por los Ejecutivos en sede supranacional e internacional. En cambio, el Estado y las administraciones públicas no desaparecen sino que resultan funcionales en la nueva ordenación de poderes. El Estado se convierte únicamente en una de las entidades que gobiernan el orden jurídico mundial en una posición subalterna respecto de las otras, destinatario y ejecutor de las decisiones que son adoptadas en otras sedes y desvinculadas de los mecanismos democráticos. Las administraciones estatales, sin embargo, se aproximan a las otras administraciones internacionales y supranacionales, convirtiéndose, en la mayor parte de los casos, en instrumentos de ejecución periféricos de estos organismos, asumiendo la misma posición en la organización, de las administraciones locales.

El proceso de desarrollo provoca, pues, progresivamente, el declive de la concepción de la supremacía de los Parlamentos nacionales y de la centralidad de la ley, la difuminación de la clara división de poderes del Estado. Al mismo tiempo se producen fenómenos de expansión de la regulación pública al sector privado: los sectores privados se apropian de funciones públicas y, consecuentemente, resulta difícil establecer una distinción precisa entre público y privado. Desaparece en muchos sectores la Administración pública, o por lo menos su posición de protagonismo o de titularidad indiscutida; no desaparece, sin embargo, la dimensión pública que se difunde directamente en la sociedad, favoreciendo una nueva relación entre Estado y sociedad, caracterizada por la presencia de intervención pública y de iniciativa privada para la persecución de objetivos de interés general<sup>134</sup>.

133 M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., p. 14.

134 J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad*, cit., pp. 28, 187.