

Reformas constitucionales y reformas administrativas

SUMARIO: 1. ¿IRRELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN? 2. LOS ORÍGENES: LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO LIBERAL LIMITADO. 3. DE LAS COMISIONES «FUERTES» (1944-47) A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1946-48). 4. LOS LÍMITES DE LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA. 5. EL ESCASO IMPULSO A LAS REFORMAS. 6. LA POSIBILIDAD INTERPRETATIVA: LA ADMINISTRACIÓN COMO FUNCIÓN AL SERVICIO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS. 7. CONSECUENCIA: LA MUTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PODER ADMINISTRATIVO. 8. UNA EVOLUCIÓN EN CURSO. 9. DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN A LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA. 10. REACCIONES RESPECTO A LA REFORMA DE LAS ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES.

1. ¿IRRELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN?

En los años noventa las cuestiones relativas tanto a la reforma constitucional como a la reforma administrativa están en Italia a la orden del día. Si bien la segunda cuestión ha estado siempre presente en el ordenamiento democrático (aparece con prontitud tras la caída del fascismo), la primera data de finales de los años setenta, aunque ha arraigado más tardíamente. Con frecuencia

Traducción: Gema ROSADO IGLESIAS.

ambas son tratadas de forma separada, tanto desde el plano científico como desde el político (la especialidad no es sólo asunto de la Universidad), pero hoy resulta más fácil, aun cuando no sea realmente habitual, advertir las conexiones que existen entre ellas.

En la opinión común, la Administración aparece como una entidad dura, estrictamente técnica (y también árida), relacionada, de algún modo, con los humores y los valores de la sociedad y de la Constitución, pero en la que prevalece el componente técnico y la autonomía de principios y de problemas. A esta imagen contribuye enormemente la tradición científica del Derecho administrativo, pues, a partir de un estatuto normativo particularmente duro, técnico y árido y de su enseñanza, ha transmitido una serie de «paradigmas» (en el sentido estricto, kuhiano, del término)¹ a través de los que preservar los aspectos prácticos que constituyen un cuerpo compacto de saber, construido sobre principios propios y que tiende a resistirse a las innovaciones provenientes del exterior, aunque así lo exija la modificación de los presupuestos constitucionales, y por tanto generales, del ordenamiento.

2. LOS ORÍGENES: LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESTADO LIBERAL LIMITADO

Esta situación tiene muchos precedentes. De hecho, en singular combinación entre la adecuación constitucional y la autonomía de los principios constitucionales, perviven, en Italia, la Administración y el Derecho administrativo de la época del liberalismo, que tanto ha influido en épocas posteriores y aún en nuestros días.

No cabe duda que después de la Constitución liberal de 1848, a partir del período piamontés, se percibía que la Administración heredera del Estado absoluto debía ser adaptada (como se decía) a las «instituciones liberales». Aunque el Estatuto no recogiese contenido alguno sobre la Administración en cuanto tal y aunque no fuese considerado como una norma rígida que impusiese taxativamente la adecuación de la ley a la Constitución, la Ley

¹ Vid. T. S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1978. De estas consideraciones parto en *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova, 1996, donde se encuentran muchas de las consideraciones que siguen y algunos desarrollos de las mismas. Me referiré frecuentemente a este libro y a otros de mis estudios para aliviar este trabajo de análisis demasiado prolongados y de referencias bibliográficas complejas (para las que se remite a tales obras).

Cavour de 1853 sobre la Administración a través de ministerios, las reformas y los debates sobre leyes locales y provinciales, las discusiones sobre la tutela jurisdiccional en las relaciones con la Administración, durante largo tiempo inútiles y que desembocaron después de la Unidad en la ley de abolición del contencioso administrativo, estuvieron animadas (y lo mismo ocurrió en otros campos menores) por las ideas, o mejor por propósitos precisos, de adecuación de la Administración a los postulados constitucionales del liberalismo. En cuanto se refiere a los problemas de carácter eminentemente administrativo y práctico, después de 1861 del ímpetu ideal y político del resurgimiento, la generación siguiente a la Unidad mantuvo viva la percepción —que Silvio SPAVENTA, uno de los hombres que sirvió de puente entre las dos generaciones, expresó de la manera más conocida²— de que «la libertad hoy debe buscarse no tanto en la Constitución y en las leyes políticas, como en la Administración y en las leyes administrativas».

Así, la edificación concreta de nuestro Derecho administrativo se realiza, con la obra determinante de la construcción doctrinal de fin de siglo (Orlando, Santi Romano, etc.), en los términos de una estructura no ciertamente privada de garantías fundamentales para el ciudadano (tales serían, especialmente, la formalización y tipificación legal de los actos administrativos y la tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas), si bien, y paralelamente, el ordenamiento fue centrándose en torno a una serie de privilegios autoritarios de la Administración.

Así ocurriría, en primer lugar, en el plano objetivo o funcional, dominado por la imperatividad del acto administrativo, la exclusión de la participación en el procedimiento de formación, la ejecutoriedad y la autotutela como consecuencia «extremísima» de la imperatividad, las fórmulas de interferencia que suponen las autorizaciones en las relaciones de Derecho común con la Administración; para posteriormente avanzar hacia el plano subjetivo u organizativo, caracterizado por la potestad jerárquica de los Ministros sobre los departamentos administrativos dependientes, la concentración —que domina la relación Estado-entes

² La expresión, tan citada, se encuentra en el discurso de Bergamo de 7 de mayo de 1880 *Giustizia nell'amministrazione*, que puede verse, entre otros, en S. SPAVENTA, *La giustizia nell'amministrazione*, Einaudi, 1949 (vid. pág. 79). En otro discurso de SPAVENTA, *La politica e l'amministrazione della Destra e l'opera della Sinistra*, se manifiesta, como es igualmente conocido, que «nuestra obra» (esto es, de la derecha) «administrativa no fue tan feliz como la política», porque «construir la Administración de un Estado, que de absoluto deviene en liberal, es por sí mismo uno de los problemas más difíciles de nuestro tiempo» (págs. 36 y 37). Expresiones análogas se encuentran en otros autores, como, *ad. es.*, en SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Utet, Torino, 1904, págs. 5 y ss.

locales, dotados, estos últimos, de autonomía exclusivamente, y como diría la doctrina, en cuanto a su «autarquía»—, la potestad de autoorganización de la Administración que desapodera al Parlamento en favor del Gobierno, y el carácter público y no garantizado (al menos hasta 1908, y aún más allá) de la relación de empleo con la Administración, y llegar hasta las restricciones en la concepción de las situaciones subjetivas del ciudadano en sus relaciones con la Administración, concebidas, preferentemente, no como derechos subjetivos, sino según la forma «menor» de intereses legítimos, y las fórmulas de su tutela respecto al esquema común seguido en las relaciones entre particulares: esto es, una tutela anclada en la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos, acudiendo a dos jueces diferentes en conflicto permanente y cada uno limitado en sus poderes.

En definitiva, un autoritarismo que ciertamente reflejaba, también sobre el terreno constitucional, el propio de un liberalismo de carácter «limitado» como el nuestro, de un modelo «estadocéntrico» (*statocentrico*) del ordenamiento fundado en la prioridad y la primacía del Estado respecto a la persona y sus derechos, similar, pues, al germánico, si bien en lo que se refiere al «debilitamiento» en su firmeza y su eficiencia³.

Estos caracteres del liberalismo italiano se acentúan en el terreno administrativo, llegando a posibles extremos y situando en cabeza a la Administración, vienen a configurar una suerte de predominio que muchos definen como «Estado administrativo» (esto es, basado en la preeminencia de la Administración). En el centro —de la articulación entre la configuración constitucional y la concepción de la función y estructura de la Administración que afirma la completa coherencia de la misma (permanece, pues, la figura atenuada del liberalismo)— se encuentra la idea del interés público como interés propio de la persona estatal, externo y contrapuesto al de los ciudadanos, como contrapuesta y «superior» a éstos es la persona del Estado y su poder, y, por tanto, la percepción de una organización que modela la función proyectando, de este modo, su «superioridad».

³ Sobre la calificación y análisis en estos términos del cuadro constitucional de la Italia liberal, *vid.* U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Il Mulino, Bologna, 1989. (Los caracteres de la Administración resumidos ocupan en este libro las págs. 455 a 484.)

3. DE LAS COMISIONES «FUERTES» (1944-47) A LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1946-48)

Una historia del Estado y de la Administración, destinada a explicar completamente esta concepción y su singularidad (con los agravantes, evidentemente, de la involución/modernización fascista), probablemente —no obstante los esfuerzos de la historiografía— no ha sido escrita y puede que no llegue a escribirse⁴. Una historia de este género comportaría un algo más de *crítica*, si bien esta última habría de realizarse sin violentar la realidad de los tiempos ni juzgarlos a la luz de conceptos que todavía hoy no se aceptan de manera generalizada y que, por tanto, no pueden iluminar en manera suficiente los avatares históricos.

Sin embargo, algunos de estos conceptos maduraron en el período que va del hundimiento del fascismo a la aprobación de la Constitución republicana.

Los hombres que formaron parte de la Resistencia crearon los nuevos partidos y trabajaron para la Constitución no poseían —y menos aún el sentimiento general de la población— ni el conocimiento ni la intención de dar salida a una nueva concepción de la Administración. La intolerancia hacia la Administración heredada de nuestro pasado estaba extendida y con ella el deseo de modificarla. Pero el propósito no era la reforma revolucionaria de la Administración de tradición liberal que, más allá de las relevantes «escorias» del fascismo y de sus evidentes deficiencias, resultaba sustancialmente aceptada. El impulso hacia una profunda innovación, que a nivel constitucional se mostraba preferente y, de hecho, prevaleció en la Constitución democrática, no se hallaba en el plano de la cuestión administrativa (por inevitable y justificable que esto pueda parecer con respecto a la inmensidad del problema político y constitucional).

Así pues, al alba de la época republicana que comienza, hay —y se mantendrá en la Constitución— *una tensión más acentuada, y casi una contradicción entre armonización y autonomía respecto a la Constitución* de la Administración y de la visión que la ordena.

El papel, el valor positivo y los límites que la Constitución republicana establece para la Administración deben ser interpre-

⁴ Vid. G. MELIS, «L'amministrazione», en *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cargo de R. Romanelli, Donzelli, Roma, 1995, págs. 187 y ss., evidentemente más centrado en los problemas de organización. El autor realiza un análisis de la actividad administrativa y de sus formas, de ahí que investigue analíticamente la modalidad y vicisitudes legislativas, jurisprudenciales y doctrinales, acercándose más a los estudios sobre la tutela jurisdiccional (que están más adelantados).

tados, sin embargo, sin esquematismos, precisando el sentido de los matices y de la complejidad de los planos.

4. LOS LÍMITES DE LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA

Lo que sucede, ocurre, también, con la intermediación, positiva o silenciosa, de la doctrina jurídica, decisiva en lo que se refiere a la Administración. Igual cabe decir de las dos Comisiones Fuertes (una preparatoria —creada en 1944— de la reforma administrativa, la otra, que trabajó desde finales de 1945 hasta mayo de 1996, para las labores constitucionales) que estaban, también, presentes en el seno de la Asamblea Constituyente. En lo relativo a la Administración fue poco lo que se incorporó a la Constitución. No digamos que nada; al contrario se le dedicó una sección expresa y otras disposiciones. Pero, lo poco es, además, ratificación o retoque; la sección es breve (dos artículos), y parece exclusivamente formulada para la Administración estatal.

Las dos aspiraciones propias de la edad liberal aparecen en la Constitución —esto es, imparcialidad y correcta actuación se recogen en la cláusula de mayor valor (art. 97.1.º)—. No obstante, y más allá de la literalidad, los conceptos y la perspectiva son los del Derecho administrativo clásico: los *entes* o sujetos administrativos (arts. 115, 128 y otros), el *acto administrativo* (arts. 100, 113, 125, 130), el *interés legítimo* (arts. 24, 103, 113), la *legitimidad* y la *oportunidad* como parámetros de los controles (arts. 125, 130), la *impugnación* de los actos como objeto principal de la tutela jurisdiccional (art. 113). Son, pues, datos indicativos de algunos problemas que permanecen abiertos aún aceptando las soluciones más avanzadas de la crítica liberal —la sumisión a la ley de la organización de las dependencias administrativas, la autonomía de los entes locales y la creación de las regiones (hecho ciertamente no secundario)—. Nada se dice sobre cuestiones desde entonces inexploradas: el procedimiento administrativo, los intereses no individuales. Sí se reproducen aspectos completos del sistema precedente: el poder tendencialmente absorbente de la cúspide política de la Administración (art. 95.2.º), las manifestaciones de control (arts. 100, 125, 130), especialmente (y de forma decisiva) el orden dual de la tutela jurisdiccional (arts. 103, 113). Cualquier perspectiva nueva se incluye en normas tales como el artículo 97.2.º, sobre atribuciones y responsabilidad propia de los funcionarios (parte integrante de una propuesta de Mortati, más

elaborada, dirigida a distinguir la potestad directiva de los Ministros de la de gestión de los dirigentes).

En cuanto a la *textualidad* constitucional, altamente importante para acercarse al valor y al contenido normativo de toda Constitución, resulta fundamental advertir el *tradicionalismo* integrador de la figura que las disposiciones dedican a la Administración y asimismo reconocer las inconscientes *contradicciones* que se abren entre diversas perspectivas: la óptica ya dicha de la entificación del aparato y de la primacía de la organización (art. 97.1.º, en realidad toda la sección «La Administración Pública», y, también, el contenido del art. 5 y del Tít. V) no es igual respecto a la perspectiva funcional que se entrevé, como veremos poco después, en la primera parte de la Constitución; la perspectiva del interés legítimo no encaja con la calificación como derechos, también en la parte primera, de muchas posiciones de los ciudadanos que son el corazón de los deberes administrativos; el diseño del artículo 97.2.º no armoniza con el del artículo 95.2.º, sobre el poder omnímodo de los Ministros (y con el poder análogo de los vértices políticos regionales implícito en el Tít. V).

Podría continuar. Como se verá, esto no es todo.

5. EL ESCASO IMPULSO A LAS REFORMAS

Naturalmente, la textualidad y las intenciones que ella transmite constituyen la primera línea de acercamiento a cualquier acto normativo (y particularmente, dada su autocompetencia, los actos normativos de naturaleza constitucional), así como el primer factor que influye en su aplicación; por su parte, los límites de los enunciados constitucionales sobre la Administración han sido considerados, durante largo tiempo, a partir de sucesos posteriores.

Estaba claro que la lectura de la Constitución administrativa realizada por la jurisprudencia desde la práctica, como también por el legislador, sería, con esta premisa, bastante restrictiva. La Constitución *no* constituye el primer punto de referencia para la visión administrativa: puede ser buen derecho, no queda ignorada sino no valorada como fuente directa para la conformación de la Administración y del Derecho administrativo y aún menos como fuente para su innovación. La vieja costumbre de considerar sustancial la autonomía en el tratamiento del Derecho administrativo contribuye a ello —y de hecho la doctrina más habitual se mantiene en esta línea⁵, al menos durante los años

⁵ Un ejemplo clásico es G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, que en

cincuenta—, que, seguramente, se ve facilitada por su persistencia en no sentirse afectada por la diferente impregnación del discurso constitucional sobre la Administración. Pero, además, cuando se enfrenta a la explícita consideración de la Constitución administrativa prevalecen los anteojos de la continuidad. Así las cosas, en conjunto destaca una tendencia a interpretar la Constitución administrativa como reafirmación del sistema administrativo precedente y tratar y, por tanto, valorar los aspectos que la misma ha innovado puntualmente (por ejemplo, la autonomía local o las nuevas sedes y algunas atenuaciones de los controles sobre su autonomía, la generalidad de la tutela jurisdiccional, etc.), sin que por esto resulten alteradas las líneas del sistema. Son, pues, los anteojos de la continuidad que, de un lado, tienden a subrayar ⁶ con carácter fundamental las innovaciones modestas que consolidan el sistema y, de otro, excluyen el replanteamiento del orden completo y terminan, en consecuencia, por impedir una lectura innovadora de aquellas disposiciones que explícitamente contribuirían a la superación del estado precedente. De esta forma, la limitación de los controles preventivos de legitimidad de los actos «del Gobierno» (y no los actos de toda la Administración estatal) no emana, sino en momentos recientes, del artículo 100; ni tampoco se valora la disposición, ya mencionada, del artículo 97.2.º para avanzar en el reparto de la función administrativa entre los órganos políticos superiores y la dirección administrativa diferente del grupo anterior ⁷.

la edición de 1954 afirma que «la Constitución tiene una importancia sólo remota» (!) para el Derecho administrativo e ignora los grandes principios del artículo 97.1. Coherentemente no dedica consideración alguna a la influencia de la Constitución en la conformación de la Administración y, respecto a la justicia administrativa, escribe (*vid.* II, pág. 50) que «en conjunto, las normas de la Constitución no hacen más que confirmar el sistema vigente, limitándose a elevar sus principios a normas de orden constitucional». Pero el fenómeno no queda limitado a los autores de la generación preconstitucional. A. SANDULLI, introducirá sólo en 1955 en su *Manuale di diritto amministrativo* (Iovene, Napoli, 3.ª ed.) un tratamiento de las «reglas constitucionales de la acción administrativa». En cuanto a otros autores abiertos a la evolución como M. S. GIANNINI, la referencia debiera ser más larga y completa. No obstante, resulta significativo que, en sus *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, falte un capítulo (que existirá a partir de 1960) sobre los principios del artículo 97.

⁶ Así, para comenzar con P. BISCARETTI DI RUFFIA, «La Pubblica Amministrazione e l'ordinamento politico-costituzionale», en *Problemi della P. A.*, I, Zanichelli, Bologna, 1958, y con S. LESSONA, «La posizione costituzionale della pubblica amministrazione», en *Problemi della P. A.*, III, Zanichelli, Bologna, 1960, para llegar a otros autores que, por el contrario, han valorado favorablemente la Constitución administrativa, como, por ejemplo, V. BACHELET en *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1966 (o bien en *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, 1981, págs. 451 y ss.); más difundido y complejo, por ejemplo, M. NIGRO, en *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1983.

⁷ Respecto al primer supuesto, la generalización de la interpretación de la parte concreta del artículo 100 en cuestión, ya avanzada por G. CARBONE, en 1972, en «Incontro sui problemi della Corte dei Conti», en *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 1973, pág. 12, e indirectamente recogida en el

Si de la interpretación pasamos a la aplicación por parte del legislador a través de reformas administrativas, resulta igualmente cierto que la experiencia de impulso a las reformas en los años cincuenta no encuentra una referencia completa en la Constitución. Es cierto: son *algunas* y no secundarias las reformas en el terreno de la Administración que vendrían impuestas por la fidelidad constitucional; la primera de todas, la creación de las regiones en el plazo de un año (disposición transitoria VIII) y (prescrita explícitamente en la disposición transitoria IX, para un período de tres años), la reforma de la autonomía local y la adecuación de toda la legislación al principio de autonomía; asimismo, la creación de tribunales administrativos de primera instancia (art. 125), la revisión de las jurisdicciones especiales (disposición transitoria VI) y otros objetos. Para todo esto hubo un larguísimo aplazamiento: 1970-1972 para la creación y la devolución de las primeras funciones a las regiones de régimen ordinario y para la introducción de los tribunales administrativos; 1990 para la ley sobre autonomía de entes locales menores ¡no obstante, notablemente incrementados!; mientras la superación de las jurisdicciones especiales más «dependientes» o, sin más, coincidentes con la Administración fue obra, por etapas, de la Corte Constitucional. Se trata, bien entendido, de una remisión que además se encuadra en la dirección general y en el problema de la inaplicación/aplicación constitucional que informa gran parte de la Constitución, particularmente en los años cincuenta, también después, pero que aún es más persistente sobre la parte administrativa de la Constitución que sobre otras.

Sin embargo, no se puede decir que, *en general*, el problema de la reforma administrativa pueda ser planteado como aplicación, y crítica a la inaplicación, de la Constitución. No es fácilmente extraíble de la Constitución una exigencia *explícita* en este sentido y, de hecho, ni siquiera las tendencias más innovadoras lo mencionan. Nunca se han dirigido a exigir rigurosas reformas de la sensibilidad y de la remisión a los «caracteres», a los principios generales, a los valores constitucionales, habiendo, por lo demás, interés en transcribir estas exigencias en una revisión valiente de

«Rapporto Gianini» ha tenido que esperar a los años noventa. *Vid.* esta posición en la obra del mismo G. CARBONE, «Gli organi ausiliari. Artt. 99-100», en *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1994, págs. 105 y ss., y en S. CASSESE, «Il moscerini e gli avvoltoi», en *Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, Ist. Poligr. D. St., Roma, 1995.

Respecto al segundo, *vid.* la afirmación (quizá excesiva) de oposición de la jerarquía ministerial en sentido estricto con el artículo 97 en V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1994, pág. 103. Ahora bien, ya se manifestó en esta dirección A. SANDULLI, «Governo e amministrazione», *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1996.

los paradigmas precedentes en términos, considero, de reconstrucción dogmática⁸.

Aun parece ser menor, respecto a la realización constitucional, el espíritu político práctico que milita en defensa de la reforma y que frecuentemente argumenta en su favor en términos de modernización, mejoramiento, soluciones de exigencia práctica y no de adecuación constitucional, sin que pueda decirse que se trate de exigencias infundadas. Así pues, nuestra Administración conoce, después de la Constitución y al menos hasta finales de los años ochenta, una gran cantidad de *modificaciones* pero bien pocas *reformas*. El balance de la relación Constitución/Administración en dicho período y desde el punto de vista de las reformas legislativas no podía ser más desalentador⁹.

Tampoco era fácil que la jurisprudencia fuese a dar el golpe decisivo en dirección a la renovación. En la Constitución le faltaban parámetros directos, que, por demás, tampoco han sido ofrecidos por una crítica y una construcción doctrinal convergente. De este modo, los jueces —incluidos los constitucionales— no desarrollaron un papel exponente en cuanto al cambio de paradigmas de la Administración: basta ver (aunque no es más que un ejemplo) con qué tenacidad aquellos renuncian a extraer de la Constitución un mandato de participación generalizada de los particulares en la actividad administrativa¹⁰.

⁸ Así creo que también puede decirse —sin tratar de reducirla— de la enorme y vigorosa batalla de F. Benvenuti acerca de un procedimiento administrativo con participación, que constituye una de las aportaciones más importantes para la renovación en sentido constitucional de la completa estructura de la Administración italiana. *Vid.*, en este punto, sobre esta decisiva articulación de la «milicia» (*militizia*) en favor de la innovación administrativa a la luz de la Constitución, mi estudio «Procedimento amministrativo», en *Giuristi e legislatori; pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, de próxima publicación por Giuffrè, Milano, 1997.

⁹ *Vid.* U. ALLEGRETTI, «Il meccanismo delle riforme amministrative», en *Quaderni costituzionali*, 1986, págs. 5 y ss.

¹⁰ *Vid.*, por ejemplo, G. SALA, «Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale», en *Diritto processuale amministrativo*, 1984, págs. 433 y ss.; y A. PUBUSA, «La procedura di formazione degli atti individuali», en *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cargo de U. Allegretti, A. Orsi Battaglini y D. Sorace, Maggioli, Rimini, 1987, II, págs. 685 y ss. Más en general, para un examen crítico de la jurisprudencia constitucional, *vid.* U. ALLEGRETTI, «Corte Costituzionale e Pubblica Amministrazione», en *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cargo de P. Barile, E. Cheli, y S. Grassi, Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 269 y ss., asimismo «Il controllo della pubblica amministrazione da parte della Corte Costituzionale», en *Studi in onore di L. Galateria*, Maggioli, Rimini, 1987, págs. 35 y ss. En los años siguientes, puede atribuirse a los jueces un mejor resultado, como se reconoce, por ejemplo, en mi trabajo «Il meccanismo...», ya citado. No obstante, se trata, más que de otra cosa, de resultados limitados a la adecuación a la Constitución de los instrumentos de tutela jurisdiccional administrativa.

6. LA POSIBILIDAD INTERPRETATIVA: LA ADMINISTRACIÓN COMO FUNCIÓN AL SERVICIO DE LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

En este orden de cosas, se trata, aquí y sobre todo aquí, de una historia —la historia constitucional y administrativa de la República— casi toda por escribir.

Y, sin embargo —y esto es un aspecto fundamental—, la verdadera Constitución administrativa se encuentra ¿donde parece o en otro lugar?

Si el pensamiento tendiese, crítica y tenazmente, a explorar de manera autónoma qué exige la relación entre la Constitución de un Estado democrático, liberal y social, y la Administración, podrían alcanzarse con prontitud las metas que, apenas ahora, aparecen con claridad ante nuestra percepción.

En efecto, la Administración —no menos, al contrario en cualquier modo más directamente, que otros ámbitos del Derecho— está siempre en una relación esencial con la Constitución. Y lo está en cuanto, dejando ahora de lado discusiones y definiciones más particulares que podrían darse, entre las funciones públicas se caracteriza y distingue por ser gestión «inmediata» y «práctica» de intereses públicos¹¹.

A falta de ésta, es decir, de la Administración, en buena cantidad de casos, los intereses públicos —que, levantado el velo de los paradigmas del Estado liberal limitado, son intereses de la comunidad y de los sujetos que la componen— no podrían ser satisfechos. Es, pues, tan necesaria y relevante constitucionalmente como la actividad política, legislativa, jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, resulta bastante extraño que en un momento tan esencial para el logro de los fines de un ordenamiento estatal, se opte por el mismo ordenamiento existente y que éste no quede imbuido de los principios de la Constitución. Desde esta perspectiva se dirá que la relación con la Constitución es, en realidad, bidireccional. Pues, mientras la Constitución postula lógicamente una Administración acorde con ella, la Administración se encuentra en desacuerdo con otros ámbitos de ordenamiento de tipo administrativo que contribuyen a definir en cierto sentido la Constitución y disfraza su modo de actuar según una línea diferente de aquella que aparece como desarrollo lógico de sus principios.

¹¹ Vid. el más clásico de nuestros manuales, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., págs. 13 y ss., sin embargo, en torno a este elemento varían las definiciones más aceptables.

En resumidas cuentas, la Administración no puede ser privada jamás de valor constitucional, no viene calificada constitucionalmente. Se trata, pues, de ver en qué sentido lo está, imponiéndose a la Constitución el propio sello o reemplazando la influencia y la determinación¹². Como es imaginable, jesto no es válido para una Constitución democrática! Pues ésta, y por tanto también la nuestra, no puede más que atravesar con sus principios todo el ordenamiento y, en particular, la Administración.

Pero acometer una obra de este género, para nuestra vida republicana, habría exigido de todos (empezando por la doctrina) más fuerza crítica (la Administración tradicional no se corresponde con el Estado social y democrático); más adhesión a las ideas constitucionales (la relación Constitución-Administración es, efectivamente, bidireccional, pero *jen el orden de los valores —que es el orden del Derecho!*— es la Administración la que debe adaptarse a los principios constitucionales y no puede ser el cuadro constitucional el que se pliegue al modo de actuar de la Administración); más sabiduría histórica (cada época debe elaborar una concepción de Administración conforme a sus propias necesidades inspirada en sus ideales fundamentales); en fin, más tenacidad constructiva (es función de la cultura, de la ciencia, contribuir a construir una Administración adecuada a la forma del Estado).

En este orden de cosas, resultaría verdaderamente atrevido considerar que *la Constitución republicana esconde otras y muy profundas concepciones de la Administración que no se revelan de sus disposiciones directamente* y que sí podrían proceder, no digo exegéticamente sino reconstructivamente, de la misma, para diseñar una nueva figura de la Administración y del Derecho administrativo. En sustancia, no cabe pensar que no penetre en esta última lo que puede denominarse como la «coextensividad» (*coestensività*) entre Constitución e Administración. Es decir, que la Constitución cubre toda la Administración y que, a su vez, en toda la Constitución hay una dimensión administrativa (doble coextensividad).

Así pues, cabe desarrollar dos «líneas», dos secuencias de razonamiento que, además, son complementarias entre sí: una procedente de la idea de los deberes del Estado y la otra desde la propia de los derechos de los ciudadanos.

Respecto a la primera puede afirmarse que el Estado tiene determinados deberes¹³ y que por éstos se cualifica; la Adminis-

¹² Esta y la siguiente observación en *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., en particular págs. 2, 10 y ss.

¹³ Tratado sobre todo por F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1967, págs. 43 y ss., al reclamar la idea de que el Estado se caracteriza también por sus intenciones o deberes.

tración, por su parte, en cuanto actividad realizadora, constituye la última fase del proceso de ejecución de los deberes y no puede ser ajena al mismo. Las tareas estatales se encuentran recogidas en la Constitución de manera más directa, explícita y conocida, a través de las formulaciones ricamente estructuradas de los artículos 2 y 3 (en realidad hay también otros: así, si pensamos en los fines de paz y de justicia internacional del art. 11), consistentes, todas ellas, en el reconocimiento, garantía y perfeccionamiento de los derechos del hombre, de la dignidad humana y del desarrollo de la persona, considerada individualmente y en los grupos en que se organiza. Según esto, resulta, pues, enorme el deber que cumple a la Administración: servir a los hombres —podríamos hablar de ciudadanos, pero el sentido de plena dignidad y el papel que la expresión tiene en sí misma, especialmente hoy, después de tantos desarrollos de las relaciones entre pueblos y de las proclamaciones de los textos internacionales (y también en virtud de los arts. 10 y 11 de la Constitución), permite en gran medida entender igual a estos efectos la posición de los extranjeros¹⁴—; la Administración, pues, debe servirles en la realización de sus derechos.

Los propios derechos forman la segunda secuencia. En la base de la Constitución están, recogidos con fuerza en los artículos 13 a 54, los derechos de los ciudadanos, los derechos humanos. Expresan, en toda su articulación, el origen, la esencia y la finalidad del Estado democrático y social. Para realizarse necesitan del dinamismo propio de la actividad libre de sus titulares —tal constituye la raíz del derecho subjetivo— pero precisan encontrar, también, el soporte de la acción estatal en la acción administrativa. Pues bien, esto que es inmanente a muchos de sus contenidos y que puede verse con mayor o menor extensión en los derechos civiles (en tanto son, o acompañan, derechos autónomos en su posibilidad de concreción) es evidente en los derechos sociales. El ejemplo más claro está forzosamente en la formulación del artículo 38 sobre la asistencia y providencia pública: después de haber expresado en términos de «derecho» tanto la asistencia a los incapaces como la providencia para los trabajadores, la Constitución prevé que a estos fines se destinen órganos e institutos del Estado. Pero no menos claro —si se

¹⁴ En cuanto se refiere a la colaboración internacional y a los derechos de los extranjeros según se entienden en la Constitución italiana deben —merece la pena subrayarlo— excluirse referencias a la doctrina de Karl Schmitt que identifica la política como la relación amigo/enemigo (*vid.* en su lugar algunas frases introductorias del excelente *Corso*, cit., de V. CERULLI IRELLI, págs. 3 y 4), lo que contradice la proclamación de la Carta de Naciones Unidas sobre las «relaciones de amistad» entre las naciones.

leen bien las disposiciones— es el mecanismo previsto en los artículos relativos a los deberes familiares, a la salud, a la escuela (arts. 31, 32, 33, 34) y así más.

De lo anterior, del tratamiento y perspectiva que ofrecen las declaraciones de derechos, resulta evidente que partiendo de los deberes del Estado se llega a la Administración. Aún mejor: las dos líneas se encuentran; porque los deberes del Estado están al servicio de los derechos y los derechos requieren deberes del Estado. La secuencia es, en realidad, unitaria: *de los derechos de los ciudadanos derivan los deberes del Estado y la misión de la Administración.*

7. CONSECUENCIA: LA MUTACIÓN DE LA ESTRUCTURA DEL PODER ADMINISTRATIVO

Todo esto podría resultar evidente y, sin embargo, es el tardío punto de llegada de un fatigoso camino interpretativo¹⁵. Cansancio debido a que una concepción de este género *extiende y supera los paradigmas fundamentales de la tradición*, dejándolos fuera de juego o modificándolos completamente. Entre ellos el central, el fin de interés público de la actividad administrativa, el poder (y el acto administrativo) y el interés legítimo.

El fin del interés público (la expresión, ciertamente, puede, todavía, ser usada, a pesar de ser conscientes de la mutación de su contenido y su estructura), transformado en su naturaleza de interés propio del Estado¹⁶ o, también, de la colectividad, es comúnmente concebido como entidad impersonal y objetiva, externa respecto a los derechos de los ciudadanos. Esto que se muestra evidente en la actividad de prestación o de servicio del Estado social, que tiende directamente a satisfacer los derechos de los destinatarios de la actividad de provisión y tutela del trabajo, educación, sanidad, asistencia, etc., no está menos presente en la actividad de autorización vinculada a las libertades civiles. Cuando la Administración interviene sobre éstas es cierto que a menudo las limita, pero resulta injustificado considerar que tal suceda en nombre de su propio interés público o impersonal. En realidad, no es más que la otra cara de la tutela y de la defensa que persigue la Administración en favor de los derechos

¹⁵ Tratado en U. ALLEGRETTI, «Pubblica amministrazione e ordinamento democratico», en *Il Foro italiano*, 1984, V (reproducido en *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., págs. 100 y ss.).

¹⁶ Como resulta para la concepción clásica (la máxima precisión de ésta se debe a O. RANELLETTI, «Il concetto di “pubblico” nel diritto», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIX, 1905).

de otros. Piénsese en los límites a la libertad personal, domiciliaria o de circulación, de reunión o de manifestación del pensamiento, tal y como se traslucen de los artículos del Título I de la I parte, y léanse en conexión con el título siguiente: se protege la integridad o la seguridad, la sanidad o la moralidad, son los derechos de todos o de algunas categorías de ciudadanos que se sostienen con el sacrificio de los intereses de otros. Igual ocurre con las limitaciones a los intereses económicos: particularmente claro es el tipo de derecho cuya tutela se recoge en el artículo 41.2.º de la Constitución. La naturaleza no es diferente, al contrario, cabe argumentar desde el terreno constitucional, si se razona desde la base que ofrece la estructura —de prohibición, de autorización o concesión— de los efectos típicos de las medidas administrativas.

El concepto de poder administrativo sufre una acentuada dislocación. De modo que no sólo pierde la posición central que poseía en el ejercicio de la actividad administrativa, sino que avanzan —y excesivamente respecto a la actividad jurídica de Derecho público en el ámbito de la entera actividad administrativa— las operaciones materiales y de servicios, la actividad contractual y otras de Derecho común¹⁷. Pero, además, una vez que la participación procedimental deviene regla para el ejercicio del poder, la unilateralidad deja de definirlo. Se trata, pues, de un poder que ahora se explica en condiciones de «relacionalidad», como obra de una «coalición decisional» de la que forman parte todos los sujetos implicados¹⁸.

Se podría decir que esto es obra de la evolución de las leyes ordinarias y de la práctica, así es, pero que no tiene que ver con la Constitución. No, pues la característica clásica del poder está en tener enfrente el sometimiento del ciudadano y radicarse sobre él y, frente al poder, se encuentra el interés legítimo como posición diferente, inactiva, de la que aquél, el ciudadano, disfruta. Sin embargo, lo anterior ni mucho menos se encuentra en la Constitución. Frente a la Administración, y por tanto frente a cualquier poder, cuando tal existe y es unilateral y hasta limitativo, y en este sentido con un alto grado de imperatividad, *la Constitución en su primera parte sitúa siempre el derecho del ciudadano*. La verdad es que el interés legítimo a que se refiere la Constitución en su parte orgánica —un «repertorio arqueológico», como ha

¹⁷ *Vid.*, V. CERULLI IRELLI, *Corso*, ya citado.

¹⁸ *Vid.* la construcción del proceso decisional administrativo propuesta por M. BOMBARDELLI, *Decisioni e Pubblica Amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Giappichelli, Torino, 1996.

sido recientemente definido¹⁹— no es más que la veste que el Derecho, sin dejar de ser tal, asume cuando afronta una actividad discrecional de la Administración pública, que, sin embargo, no lo separa de otros derechos más de cuanto la actividad de perdón del acreedor de la satisfacción del derecho de crédito (y piénsese que los créditos tienen un objeto no fungible) no reduce el paradigma del derecho subjetivo.

Por esto la pareja poder-sujeción ha sido sustituida hoy, como categoría central de la actividad administrativa, por la distinta función social-derechos de la persona.

De este modo, se deshace la antítesis que la doctrina mayoritaria veía entre los dos principios del artículo 97.1.º: la imparcialidad y el buen funcionamiento. Bien se entienda este último como la persecución de fines públicos y el primero como el respeto de los intereses de los ciudadanos²⁰, o bien que el correcto funcionamiento queda equiparado a la eficiencia e imparcialidad de la justicia²¹, acostumbra a verse entre ellos una contraposición que no tiene razón de ser. No es posible contraponer derechos de los ciudadanos y fines públicos, los segundos están orientados a la consecución de los primeros, y, además, parece que la realización de los derechos no sólo no contrasta sino que *requiere* eficiencia: no se satisfacen los derechos de los ciudadanos si no se obtienen resultados válidos y se persigue toda maximización posible²².

Así pues, puede cumplirse un paso ulterior. ¿De qué manera los deberes o funciones de la Administración se relacionan con los derechos de la persona? Piénsese que el *derecho subjetivo*—cualquiera que sea su configuración exacta— *está esencialmente remitido a la capacidad y a la energía de su titular*, aun cuando las fuerzas individuales no bastan para asegurar la satisfacción y tienen, por tanto, necesidad del soporte de la Administración. La Administración no puede «satisfacer» los derechos de los ciudadanos, debe «contribuir», «sostener» su ejercicio. Los artículos 2 y 3 de la Constitución muestran claramente tal sentido, si bien

¹⁹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Marsilio, Padova, 1993, pág. 78.

²⁰ Así, por parte de A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1955, págs. 259 y ss., después alejándose hacia la incorporación de las exigencias de eficacia en el concepto de buen funcionamiento (*vid.* de 1989, I, págs. 584 y ss.).

²¹ A. CERRI, *Imparzialità de indirizzo politico della Pubblica Amministrazione*, Cedam, Padova, 1973, pág. 99, nota 16 (aunque con alguna duda; la tesis se encuentra muy extendida hoy).

²² V. G. ARENA, «Valori costituzionali e ruolo dell'Amministrazione», en *Saggi in onore del 50.º del riordenamento della Ragioneria generale dello Stato*, Ist. Poligrafico, Roma, 1991. Sobre el significado de los dos principios, *vid.* nuestro trabajo «Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione», en *Digesto*, IV de., vol. VIII *Pubblicistico*, ahora reproducido en *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., págs. 79 y ss.

no siempre el estatuto previsto para derechos concretos en las respectivas disposiciones constitucionales (la salud o la asistencia, la providencia o la educación) lo tiene en cuenta. La equivocación histórica de la reducción del Estado social al Estado de prestaciones y del bienestar²³ está ahí: la Administración ha sustituido a los ciudadanos, permaneciendo éstos pasivos y la Administración autoritaria y paternalista. Y, en general, y obviamente, de forma no amistosa (*unfriendly*), sino alejada y dura. Así las cosas, la Administración se encuentra hoy reorientada. Metafóricamente (aunque no tanto) se puede hablar ahora de una nueva Administración «teatro», de una Administración *friendly* (o «amable» o «amistosa»), defendiéndose una Administración para la capacidad de los ciudadanos, al servicio de su «capacidad para ejercer su capacidad»²⁴.

Se trata, pues, de una cuestión difícil que, sin embargo, ha de ser afrontada. Pues si bien es cuestión problemática, especialmente en el momento actual, se muestra con claridad que el equilibrio debe encontrarse entre el obrar de la Administración y la organización autónoma de los servicios públicos por parte de sujetos privados. Forzosamente este equilibrio variará de sector a sector y mudará con el tiempo. De hecho, la dramática investigación de estos años noventa oscila (no sólo, pero especialmente en Italia) entre la administrativización excesiva de un período y el exceso de retirada del Estado demandada o deseada cuando se habla —entre otras cosas, abusando del término «mercado» que no sirve donde no hay posibilidad de cambio— de ceder a la esfera privada consistentes parcelas del sistema sanitario, educativo o providencial. Como si cediendo estos servicios a empresas privadas no se reencontrasen, agravados, los problemas de respeto, promoción y libertad de los usuarios y de los ciudadanos y de amabilidad y eficiencia respecto a los mismos.

En fin, son reflexiones naturales acerca del plano organizativo o subjetivo. Se aleja el interés de servir a los ciudadanos, se refuerzan —en lo que se refiere a puras motivaciones políticas—

²³ Sobre el origen, y la crítica implícita, de esta historia sobre el fin del Estado liberal italiano, *vid.* U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., págs. 525 y ss.

²⁴ Según la perspectiva de O. DE LEONARDIS, «Diritti, differenze e capacità. Sulla giustizia come processo sociale», en *Democrazia e diritto*, 1991, págs. 197 y ss. (con referencia a toda una corriente de estudio, encabezada por A. Sen), ésta es la más alta y comprensiva entre la capacidad de la persona humana.

Sobre una Administración amistosa al servicio de la capacidad de los ciudadanos, *vid.* U. ALLEGRETTI, «Valori costituzionali e Pubblica amministrazione», en el volumen del mismo título publicado por la Giunta Regionale Toscana, Firenze, 1994, págs. 15 y ss., y «Pubblica amministrazione e valori costituzionali», en *Lo Stato delle istituzioni italiane*, Giuffrè, Milano, 1993, págs. 373 y ss., reproducidos en *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit.

las razones de la autonomía local como fórmula de Administración tendencialmente general o, de otra forma, ampliable al máximo permitido por las disposiciones constitucionales sobre reparto de funciones entre los diferentes niveles de gobierno ²⁵. Y, en consecuencia, se fortalece la búsqueda de una distribución del poder entre funcionarios políticos y funcionarios técnicos y administrativos diferente de la tradicional reducción de estos últimos a instrumentos puramente subalternos de los primeros ²⁶.

8. UNA EVOLUCIÓN EN CURSO

Conviene señalar que esto que exponemos aquí de forma sumaria (bien que no completa) no es una lectura aislada. No se puede decir que se trate de una visión convertida, a su vez, en paradigmática ²⁷, pero es cierto que existen ya algunas posiciones doctrinales y algunas posturas políticas —unas y otras, por lo demás, hoy más que nunca relacionadas— que se mueven en esta dirección. Lo que más cuenta (aunque sea menos documentable) es que, en el clima ferviente, aunque también confuso, del debate que experimenta Italia después de 1993-94, se vieron algunos signos más de evolución, de los que no se conservan los datos que permitirían alcanzar la hegemonía teórica y, sobre todo, la realización práctica, pero parece reverberar un curso de ideas del tipo aquí presentado.

Pues bien, éste ha favorecido, sin duda, la aprobación, una vez súbita pero siempre preparada con tiempo, de los cinco grandes cuerpos legislativos de reforma administrativa (o con importantes implicaciones administrativas): la Ley de 1988 sobre la Presidencia del Consejo de Ministros y la actividad del Gobierno, el nuevo ordenamiento de las autonomías locales y provinciales y la disciplina del procedimiento administrativo —inspirada en la participación de los particulares— y del derecho de acceso a los documentos administrativos (ambas de 1990), la normativa de 1992-93 sobre regionalización de las funciones

²⁵ La fórmula de la Administración local como Administración general ha sido sostenida y vuelta a sostener por G. BERTI, por ejemplo, en «Il potere degli enti locali», *Ente locale e società*, 1983, núm. 2, págs. 9 y ss.

²⁶ Respecto a las dos fórmulas posibles —funcionarios técnicos que instruyen y proponen las decisiones administrativas mientras la cúpula política decide, o, en su lugar, esta última indica los objetivos y programas y dicta directivas y los funcionarios administrativos emiten los actos singulares (sobre esta fórmula *vid.* el Decreto núm. 29/1993)—, *vid.* mi estudio *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., págs. 123 y ss.

²⁷ Y, sin embargo, se encuentran éxitos en las reflexiones de la doctrina más joven. *Vid.*, por ejemplo, el trabajo de BOMBARDELLI, citado en la nota 18.

públicas de empleo público en la línea de la distinción de deberes entre cúpulas políticas y funcionarios administrativos, y la relativa a la reordenación e innovación de los sistemas de control (introducida entre 1990 y 1994 para reducir los controles tradicionales e iniciar los de gestión)²⁸.

Estas reformas tienen muchos límites, tanto en el contenido concreto como en la aplicación (la actuación de quién debía ejecutarlas con actos normativos sub-primarios o secundarios, del legislador llamado en algunos casos a completarlas, de la práctica administrativa y de la jurisprudencia), pero en conjunto contienen elementos relevantes de aplicación o de disposiciones constitucionales explícitas o de lectura constitucional «fuerte», del tipo que aquí se ha dicho²⁹. A lo que se une que, normalmente, no faltan espacios vacíos —la reforma del proceso ante el juez administrativo, la reordenación completa de los ministerios y de los entes públicos (prevista en el art. 95.1.º de la Constitución) y la elaboración de una reforma de la responsabilidad política³⁰— en el seno del cuadro de la reforma administrativa en el período descrito.

Ahora, sea el hecho de que se haya intervenido, sea la insatisfacción que abandonamos, sea sobre todo la gravedad de los problemas tanto administrativos como políticos abiertos a la experiencia del país y el aumento de intensidad de los años noventa, han elevado en los últimos tiempos el nivel de la discusión y de las reflexiones que afectan tanto al plano administrativo como al constitucional.

Parece que se fuera a dar salida a una nueva concepción de la entera función pública como servicio rendido a los derechos de los ciudadanos³¹. Si bien no puede profundizarse, desde la perspectiva teórica, la reorientación de la Administración a la «promoción» así como a la «satisfacción» directa de los derechos de los ciudadanos, la idea de una Administración que no sólo no se sustituye sino que mantiene su actividad es una tendencia

²⁸ Una síntesis del sentido completo de estas vicisitudes reformadoras en U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., págs. 204 y ss. Otras innovaciones, como la creación de cierto número de «autoridades administrativas independientes» son más puntuales.

²⁹ Para los límites más generales y para algunos de aquellos más concretos, cfr., por ejemplo, —junto a los trabajos y localizaciones citadas en la nota anterior— el libro a mi cargo *I controlli amministrativi*, Il Mulino, Bologna, 1995; además el trabajo *Procedimento amministrativo*, citado en la nota 8.

³⁰ *Vid.* la obra citada en la nota 28, págs. 207 y ss.

³¹ Con este fin parecen inspiradas muchas intervenciones durante el período en el que S. Cassese fue Ministro de función pública. En esta dirección, léase la (poco elegante) fórmula del Proyecto de nueva normativa constitucional que será citado en la nota 36, donde se habla de actividad administrativa «en interés del público».

mejor (no puramente liberal-económica) dirigida a cambiar respecto al viejo estatalismo de las «prestaciones», propio del Estado social del bienestar. El nuevo concepto de interés público como ligado al servicio de los derechos incorpora, pues, muchos otros.

La Administración no es ya un poder prevalente. Ahora bien, menos compartida, por ahora, parece la demolición de la figura del interés legítimo. Aún más, reiterando la naturaleza como diferente de la propia del derecho subjetivo, se busca darle una tutela más amplia, extensiva también al resarcimiento. La resistencia más fuerte —comprensible, tanto por la concreción histórica del poder de los jueces administrativos, como por la previsión concreta recogida en la Constitución— la ofrece la superación del dualismo de la tutela jurisdiccional. Así es pese a que parezca que se logran apoyos en las discusiones. En fin, va afirmándose la postura en favor de superar el sistema dual, consagrado en los artículos 5 y 118 de la Constitución, de reparto de la Administración entre el Estado y las autonomías locales, para generalizarse, con algunas manifiestas excepciones, las atribuciones a estas últimas, a partir de la referencia del sistema alemán ³².

9. DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN A LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ADMINISTRATIVA

Es lo suyo que las propuestas pasen del terreno de la literatura al de la aplicación de la Constitución para, sin abandonarlo, dirigirse al de la revisión constitucional.

Algunas de estas innovaciones precisan absolutamente de modificaciones de la Constitución vigente. Es cierto, primero de todo, para la tutela jurisdiccional: el sistema de los artículos 103 y 113, fundamentado sobre dos jueces, no puede superarse de otro modo. Muchos sostienen, no infundadamente, igual necesidad para llegar a la superación completa de los controles tradicionales tanto sobre el Estado como sobre las autonomías. A su vez la tensión entre los artículos 95.2.º y 97.2.º en cuestiones relacionadas con los órganos políticos superiores y los funcionarios administrativos sería cuando menos resuelta con mayor seguridad a través de modificaciones o precisiones constitucio-

³² *Vid.* una síntesis sobre este punto (y otros) del proyecto de reforma regional en V. DE SIERVO, «Ipotesi di revisione costituzionale: il cosiddetto regionalismo "forte"», en *Le Regioni*, 1995, págs. 27 y ss.

nales. La necesidad de innovaciones importantes de la Constitución es más evidente si se quiere potenciar el sistema de las autonomías en las direcciones indicadas³³. Tanto más que el pilar de tal reforma, si se quiere que funcione verdaderamente, debe ser la transformación de una cámara en asamblea representativa territorial³⁴ y, por tanto, la consecuente modificación de órganos constitucionales.

En otros supuestos, puede mantenerse si no la necesidad práctica, la utilidad para la integración de las actuales normas constitucionales, como impulso a las reformas administrativas conforme al espíritu de la Carta. En este sentido, puede resultar llamativa la oportunidad de sancionar en la Constitución —como ocurre en las más recientes, tales como la española, la portuguesa, la griega— la participación de los particulares en el procedimiento administrativo así como otros aspectos conexos al mismo. Aún más, sería ventajoso prever explícitamente los controles de gestión que, ya hoy, pueden considerarse un medio esencial de aplicación del principio de buen funcionamiento del artículo 97.

Ahora bien, forzosamente la norma más influyente, como principio primero, que debe integrar el actual capítulo constitucional sobre la Administración, aunque no la única, debe ser una disposición que, abriendo dicho capítulo, declare que *la Administración debe obrar al servicio de los ciudadanos, a fin de promover las condiciones para el ejercicio de sus derechos*. Pues una norma de este tenor lograría, de un golpe, hacer prevalecer la disciplina de la función sobre la de la organización, situar en el centro de las funciones los derechos subjetivos de los ciudadanos, superando cada eventual mención (que, por lo demás, no he dicho que deba permanecer en el modo actual en la Constitución) a los intereses legítimos como figura asumible en la posición de los ciudadanos hacia la Administración, y, finalmente, clarificar que se trata de la promoción de tales derechos y no de sustitución por la Administración de la libertad de los sujetos³⁵.

³³ Vid. reasumidas las razones de la reforma administrativa —comunes en una voluminosa literatura— de tal sistema en U. ALLEGRETTI, «Autonomia regionale e unità nazionale», en *Le Regioni*, 1995, págs. 9 y ss.

³⁴ Vid. al respecto U. ALLEGRETTI, «Per una camera territoriale: problemi e scelte», *Le Regioni*, 1996, págs. 27 y ss. En cuanto a la opinión italiana sobre el debate español análogo, vid. la intervención de U. ALLEGRETTI en el *Coloquio* recogido en F. PAU I VALL (coord.), *El Senado, cámara de representación territorial*, Asociación Española de Letrados de Parlamentors, Barcelona, 1996, págs. 158 y ss.

³⁵ Vid. la propuesta recogida en mi trabajo *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., págs. 244 y ss.

10. REACCIONES RESPECTO A LA REFORMA DE LAS ESTRUCTURAS CONSTITUCIONALES

Como se ve, todo esto puede hacerse en forma de revisión de la Constitución actual, que no hay necesidad, que mejor *no se debe hacer a través de una asamblea constituyente*³⁶, sino por la vía de un procedimiento ordinario de revisión basado en el artículo 138 de la Constitución, todo lo más en la forma —digna de objeciones, pero «menos mala» que la convocatoria de una asamblea constituyente— prevista en la ley creadora de la «Comisión bicameral» para la reforma de la parte II de la Constitución, en curso de aprobación en el otoño de 1996.

En efecto, para todo lo que atañe a la Constitución administrativa y a sus reflexiones seguramente se trate de reformas no destinadas a atacar los principios constitucionales actuales, sino a completarlos, mejor actualizarlos, a modificar los instrumentos de realización³⁷. También la reestructuración de las relaciones centro-periferia, casi al límite de un ordenamiento federal (no confederal ni de rotura de la indivisibilidad del país)³⁸, parece plenamente compatible con los principios del artículo 5 de la Constitución y no requiere, por tanto, una asamblea constituyente.

Ahora bien, una reforma de la Constitución administrativa tan penetrante y coligada a la Constitución política alejaría, así parece, la necesidad de reformas dramáticas de otras partes de la Constitución, como la modificación en sentido presidencial de la forma de Gobierno. Podría procederse a la más avanzada innovación posible en las funciones y en la estructura tanto del Parlamento, —como la relativa a la traslación de una parte importante del poder legislativo a las regiones, con el auxilio de un Senado «cámara territorial»—, como del Gobierno: por cuanto se refiere al alejamiento del ejecutivo central de funciones de órganos de

³⁶ Inexplicablemente —si no fuera por un pensamiento político más general que manifiesta la vuelta a S. Cassese— las propuestas de nuevas normas constitucionales sobre la Administración presentadas en S. CASSESE y A. G. ARABIA, *L'amministrazione e la Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1993, se sobretitulan «Propuestas para la Constituyente» y pretenden inscribirse en una «nueva Constitución».

³⁷ Para la distinción de los dos planos —revisión constitucional en el ámbito de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional vigente (siempre admisible) y alteración de éstos, por muchos fundadamente desconocida y negada— *vid.*, entre la numerosa literatura, los dos volúmenes colectivos *Cambiare la Costituzione o modificare la Costituzione?*, a cargo de S. RUPEPE y R. ROMOBOLI, Giapichelli, Torino, 1995, y *Principi da custodire, e istituti da riformare*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli, 1996 (libro inspirado en la batalla filoconstitucional de G. Dossetti).

³⁸ Como la prevista por G. MIGLIO y en la acción política de 1996 de la Liga Norte y de su secretario Bossi.

la Administración, limitándose a las preferentes de órgano político. Cabría potenciar así Parlamento y Gobierno, mucho mejor que una reforma en sentido presidencial, peligrosísima para el Parlamento (sobre todo si fuese en forma «francesa») e inútil (por sí sola) para conseguir del ejecutivo eficiencia real sobre el terreno administrativo. ¿Qué podría suponer una concentración del poder de Gobierno en un Presidente electo si éste no dispone de una Administración reformada? Y, si la Administración se reforma ¿qué necesidad hay de concentrar el ejecutivo en un Presidente electo?

Desde este punto de vista, una reforma profunda y apropiada de la Constitución administrativa parece, en la Italia de hoy, el antídoto de la modificación reclamada en la forma de Gobierno.

