

## CAPÍTULO SEGUNDO

# CONSTITUCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Romano ORRÙ

SUMARIO: I. *Introducción. Forma de Estado, administración pública y Constitución republicana.* II. *La influencia del derecho comunitario sobre la disciplina de la administración.* III. *Las normas constitucionales en materia de administración pública.* IV. *Bibliografía.*

### I. INTRODUCCIÓN. FORMA DE ESTADO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONSTITUCIÓN REPUBLICANA

Bajo un rápido examen, la Constitución de 1947 impacta por la importancia que reserva a la administración, diferentemente de cuanto caracterizó el precedente ordenamiento (Benvenuti, Bachelet, Berti, Allegretti). En realidad, la normativa constitucional sobre la actividad y la organización de la administración pública es en buena medida una novedad republicana: el estatuto albertino, de conformidad con la inclinación de gran parte de las Constituciones del siglo XIX, tendía a no considerar de manera específica la administración, ya que la estimaba atraída a la órbita de las prerrogativas reales; es decir, la consideraba en posición inferior e instrumental respecto al (y por lo tanto absorbida en la regulación del) gobierno (Allegretti, Morbidelli).

En cambio, la consideración reservada por el constituyente republicano a la administración supera ampliamente el importante conjunto de disposiciones contenidas en los artículos 97 y 98, las únicas en el texto constitucional contenidas en la rúbrica dedicada a la administración. En los dos artículos, efectivamente, no se encuentra un concepto bien determinado de administración pública ni indicaciones precisas sobre el marco de las actividades y de la organización de la misma.

Con la finalidad de determinar los contornos del modelo o de los modelos de administración adoptados por la Constitución, es necesario referirse

al conjunto de las disposiciones dedicadas a ella en todo el texto constitucional, por lo que es necesario agregar no solo aquellas contenidas en la sección I del mismo título y relativas al gobierno (entre las cuales destaca en particular el artículo 95), sino también las introducidas en varios puntos del texto constitucional. Las anteriores disposiciones forman un conjunto bastante heterogéneo, ya que en ellas deben ser incluidas también las de los artículos 1 (principio democrático), 3 (principio de igualdad), 5 (promoción de la autonomía y de la descentralización), 23 (imposición de prestaciones personales o patrimoniales sujetas a reserva de ley), 28 (principio de la responsabilidad de los funcionarios y de los dependientes públicos), 41 y 43 (principio de la programación y del control para la dirección y la coordinación de la actividad económica con finalidades sociales), 51 (principios de la paridad en el acceso a las dependencias públicas), 52 (deber de defensa a la patria y ordenamiento con base democrática de las fuerzas armadas), 54 (deber de fidelidad y de cumplimiento de las funciones públicas con disciplina y honor), 101 y 102 (principio de legalidad y función jurisdiccional), 113 (principio de la tutela jurisdiccional contra los actos de la administración), 114 (principio de la pluralidad de los entes territoriales que constituyen la República), 118 (principio de subsidiariedad y función administrativa).

Para un análisis pormenorizado del diseño constitucional de la administración es necesario tener presente la arquitectura completa de la Constitución; la administración ha sido erigida alrededor de un principio democrático de espíritu muy penetrante, que tiene necesariamente un carácter condicionante o conformador en todos los ámbitos en los cuales actúan los poderes públicos. Sin embargo, se ha observado cómo la transformación de la administración en sentido democrático sea imprescindible para la misma transformación del Estado en sentido democrático (Benvenuti).

La profunda alteración de la estructura constitucional marcada por la instauración del ordenamiento democrático-republicano ha sido acogida por la doctrina también bajo la perspectiva del paso de la “administración” a las “administraciones”, secundando, en realidad, una tendencia a la proliferación de las administraciones públicas ya surgida con toda evidencia en el periodo fascista. El periodo de la descentralización, junto al reconocimiento de las regiones y de las autonomías locales, conjuntamente a una más amplia y penetrante tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, constituye una de las piedras angulares de la nueva Constitución de 1947. A propósito, no se puede en todo caso silenciar que algunos de estos principios «han quedado por muchos años solamente en el papel» y que «la Constitución ha sido aplicada muy lentamente» (Italia).

Sustancialmente, bajo una cierta perspectiva de análisis, de la norma constitucional republicana aparece la fisonomía de una administración pluralista y policéntrica con una fuerte (aunque no exclusiva) marca autónoma. A esta situación están conexas incertidumbres y problemáticas relativas a la atribución de las varias funciones administrativas: basta pensar en que, en el texto de la nueva Constitución revisada por efecto de la ley constitucional 3/2001, las cuestiones de este tipo van resueltas también bajo la luz de “parámetros móviles”, como son los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación (artículo 118, Const.). En una perspectiva todavía más amplia, capaz de tener en cuenta también cuanto no ha sido expresamente formulado, y aún sin embargo deducible del marco constitucional con particular atención a la forma de Estado regional, el sistema de las administraciones públicas italianas resulta necesariamente conformado y guiado por importantes principios generales, como los de democraticidad, autonomía y solidaridad.

Gran parte de la literatura juspublicista no duda en resaltar también los límites de las disposiciones constitucionales republicanas relativas a la administración (entendida en su conjunto).

Antes que todo, la vastedad y la inorganicidad de la normativa constitucional ha suscitado dudas de todo tipo: dificultad de coordinación y de exégesis (Cerulli Irelli), existencia de contradicciones (Casetta), normativa incompleta, excesiva atención en la «constitucionalización» de los perfiles organizativos (Treves).

A este primer aspecto crítico se vincula otro de alcance más sustancial. Un intrínseco límite del original marco constitucional, en efecto, ha sido la circunstancia por la cual este presenta disposiciones en alguna medida vinculadas a una cultura institucional ya superada (el Estado italiano que bajo este aspecto «nace viejo» en las palabras de Italia). Otros evidencian una normativa ambigua, inspirada por varios modelos de administración: por ejemplo, vienen recogidos elementos como el prevalecer de una visión Estado-centralizador según el modelo ministerial de cuidado de los intereses públicos; la permanencia de una concepción formal del principio de legalidad y de la administración como poder, sin que surja explícitamente la visión de una administración eficiente; la mezcla de un modelo jerárquico estatal con un modelo de tipo autonómico, que reconoce en un rol administrativo significativo a los otros entes territoriales (De Martin). Entonces, la Constitución de 1947, merced a una prolongada no actuación de sus partes calificadoras, no ha demostrado, especialmente en los primeros decenios de vigencia, gran capacidad de cortar las profundas raíces que ponen en contacto el sistema administrativo italiano con la original huella conservadora,

jerárquica y centralizadora del reino de Italia (el andamio del Estado italiano, moldeado en el sistema francés napoleónico encontraba su expresión no solamente en el Statuto albertino de 1848, sino también en las *Leggi amministrative di unificazione* de 1865). El influjo del “largo periodo” del sistema centralizado que se remonta por lo menos a 1865 ha perdido gran parte de su vigor a inicios de los años noventa del siglo XX: es desde esta circunstancia histórica desde donde el legislador ha descentralizado, de manera progresiva, a favor de regiones y autonomías locales un conjunto de competencias (Italia). El proceso ha culminado con la revisión del título V de la parte II de la Constitución (ley constitucional 3/2001): el aspecto aquí planteado se deduce de la fórmula del nuevo artículo 114, primer apartado, Const., según el cual la República está «constituida» por los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas, las regiones y por el Estado».

De gran interés es también la evolución de las opiniones doctrinales. Con la premisa de que las organizaciones administrativas estatales en la época liberal se han estructurado alrededor de un núcleo esencial representado por la subordinación a la ley por los ciudadanos y por la misma administración pública —con el corolario de la introducción de formas de tutela (jurisdiccional y no jurisdiccional) del particular frente a los actos ilegítimos de la administración—, en Italia, como en otros lados, el paso a formas de Estado que se distinguen por el compromiso directo de los poderes públicos en la satisfacción de una serie de intereses generales orientados a la persecución de un principio de igualdad que trasciende la dimensión formal para acoger también la sustancial, ha implicado «una profunda transformación en la administración pública no solo desde el punto de vista de sus dimensiones cuantitativas, de sus modelos organizativos, sino también del mismo modo de colocarse con relación a los particulares, del modo de ejercer su propia actividad» (Caretto-De Siervo). Lo que caracteriza la experiencia italiana es la circunstancia por la cual el paso de la época de la “*amministrazione autoritativa*” (llamada esencialmente a adoptar actos de ejecución de las leyes) a la administración de prestación (encargada de desempeñar también tareas dirigidas a la realización de finalidades de interés general) encuentra una expresión formal en la Constitución de 1947.

En tercer lugar, se imputa a las normas constitucionales un defecto de innovación respecto a algunos aspectos específicos. En particular, la reproposición de muchos institutos inherentes a la tradición jurídica precedente ha sido percibida como un factor que «si no contradice, ciertamente atenúa la carga innovadora que caracteriza algunas disposiciones» (Allegretti, Caretto-De Siervo): aparece emblemático al respecto, la recepción del modelo de justicia administrativa que se formó bajo la vigencia del Estatuto alberti-

no, con la consecuente reconfirmación de un juez especial para la administración y de la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos. La citada ley constitucional 3/2001 ha atenuado esta impostación retrospectiva del texto constitucional: se piensa, entre otras cosas, en la derogación de las normas sobre los controles sobre la administración regional y local, que —en los términos del originario dispuesto en los artículos 125 y 130 constitucionales— aludían solamente al control preventivo de legitimidad sobre los actos administrativos (v. cap. 14).

Todo lo anterior no viene en todo caso considerado de tal alcance de afectar a los aspectos positivos de una amplia gama de disposiciones constitucionales que interesan directamente o indirectamente a la administración: se ha considerado además —y con razón— que de las opciones del constituyente derive el importantísimo resultado de la transformación en derechos de aquellos que, en el enfoque histórico y doctrinario, eran calificados solo como intereses legítimos (Allegretti). El resultado es un marco normativo en claroscuro, que en todo caso ha conocido desarrollos significativos en el plano legislativo, como ya se ha mencionado, en el transcurso de los años noventa, justificando con mayor fuerza el uso de la fórmula de «administración en camino»: en concreto, se piensa en la ley 142/1990 sobre el ordenamiento de los entes locales, en la ley n. 241/1990 sobre el procedimiento administrativo, en el decreto legislativo 29/1993 sobre la responsabilidad de los directivos, en la ley 59/1997 de puesta en marcha de la reforma general de la administración en perspectiva descentralizada “a Constitución no modificada”, y, *last but not least*, en la ley Constitucional 3/2001, que dispuso la revisión del título V de la parte II de la Constitución.

*Administración policéntrica y tendencia a la uniformidad  
en la normativa constitucional*

Bajo el último aspecto mencionado, la revisión constitucional de 2001 se pone en sintonía con el artículo 5 constitucional, auténtico punto de articulación de la estructura de la administración, cuyo contenido determina la descentralización administrativa como objetivo primordial, en modo tal que ya no sea posible bajo ningún punto de vista identificar las administraciones públicas con la administración estatal. Por lo tanto, el dato fundamental de la administración es el de fundarse en una pluralidad de sujetos públicos, todos dotados de un propio aparato burocrático: al Estado se añaden en especial (pero no solamente) los entes públicos territoriales (al momento —en espera de la constitución de las ciudades metropolitanas— regiones, provincias y municipalidades). Es necesario precisar que en esta sede utili-

zaremos la fórmula «administración pública» en singular, para entender, genéricamente, al conjunto de todas las administraciones de los diferentes sujetos públicos.

Es importante destacar que a dicha pluralidad de centros (y, en algunos casos, de niveles) de administración se aplican, en gran parte, los mismos principios generales contenidos en la Constitución, por el lado, ya sea de la organización, que de la actividad, salvo los casos en los cuales la misma Constitución por las diferentes tipologías de las administraciones no dicte normas específicas (G. U. Rescigno).

## II. LA INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA DISCIPLINA DE LA ADMINISTRACIÓN

En un sistema nacional abierto a dinámicas siempre más a multinivel, no es suficiente el análisis del marco de las normas constitucionales y legislativas internas. El fenómeno de la “comunitarización” del derecho administrativo es muy evidente y profundo, aunque el proceso de integración europea ha sufrido en tiempos recientes un freno significativo por los obstáculos surgidos en el procedimiento de ratificación del Tratado que adopta una Constitución para Europa (el rechazo expresado por los referéndum francés y holandés en 2005).

Las relaciones con la estructura administrativa de la Unión Europea y, sobre todo, la regulación de la actividad administrativa que deriva del derecho comunitario derivado (en especial, directivas y reglamentos) están en el origen de un siempre más intenso condicionamiento, principalmente, de la acción administrativa (como confirma por último *expressis verbis* el artículo 1 de la ley 15/2005, en virtud del cual se formaliza la regla que dispone que la actividad administrativa está regulada no solamente por las leyes nacionales, sino también «por los principios del ordenamiento comunitario»). La relevancia del derecho administrativo comunitario, en un sistema de gobierno multinivel, está determinada, por un lado, por la fuerza de penetración del derecho comunitario (gracias también al impacto del principio de subsidiariedad) y, por otro lado, a la *primauté* de las normas introducidas por las fuentes comunitarias (Caringella), según lo establecido por los tratados y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (primacía que, como elocuentemente demuestra el caso Tanja Kreil, sent. del 11/1/2000, causa C-285/98, parece no encontrar una barrera insuperable siquiera en las normas nacionales de rango constitucional). La sensibilidad del ordenamiento italiano a las normas de matriz comunitaria se manifiesta

ta a nivel no solo de disciplinas materiales específicas (por ejemplo, en temas como ayudas de Estado, licitaciones públicas o servicios públicos), sino también con relación a aspectos que pueden definirse, *lato sensu*, de orden estructural, puesto que la normativa europea parece haber proporcionado, y, más precisamente, introducido, un nuevo modelo de poder público (las autoridades independientes) y una nueva función (la reguladora de los mercados), acentuando al mismo tiempo la relevancia del mercado y de los consumidores (Casetta). Los efectos producidos por la penetración del derecho comunitario tienden a trasladarse, de cualquier manera, del ámbito sustancial (al cual en vía de principio aparece limitada la intervención del “legislador” europeo), al terreno del derecho procesal nacional, gracias a la acción desempeñada por la jurisprudencia en vistas de la tutela de las posiciones subjetivas garantizadas en términos sustanciales por el derecho europeo. Al respecto, aparece particularmente importante el dictado del ya evocado artículo 1, primer apartado, de la ley 241/1990, modificado por la ley 15/2005, que enumera entre los principios generales de la acción administrativa precisamente los principios del ordenamiento comunitario, «redoblando de este modo el vínculo europeo para el legislador, previsto por el artículo 117, primer apartado, constitucional» (Caringella, el cual, además, entrevé la creación de un *ius commune* en el campo de la justicia administrativa).

Además, se debe tener presente que el derecho administrativo comunitario influencia —en el plano de la producción normativa y/o exegético— al ordenamiento italiano (en su conjunto, y, por lo tanto, incluye también el nivel constitucional) en cuanto es un potencial instrumento de circulación de modelos jurídicos que derivan de la elaboración y de la síntesis de los derechos de los países miembros de la Unión (que, como es conocido, presenta a veces caracteres más bien diferentes: en la distancia entre la experiencia británica del *common law* y la tradición).

### III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Procediendo a un análisis de las normas constitucionales en materia de administración, se tendrá en consideración solo parcialmente la distinción entre los dos aspectos medulares: la organización y la actividad, exigencia de dudoso relieve teórico, puesto que el aspecto subjetivo de la organización y el objetivo de la función resultan a veces inextricablemente conexos, y en todo caso interactúan entre ellos, influenciándose mutuamente (Morbidelli).

Según un enfoque ampliamente compartido, el criterio organizativo y funcional fundamental, como se ha mencionado, es el de la democraticidad de la administración: no expresamente sancionado, se deduce de las disposiciones constitucionales previstas en los artículos 1, 3, 51 y 52, que fijan en vía general el principio democrático (llamando, en todo caso, a involucrar todos los ámbitos del aparato público), el principio de la participación popular en el poder público y el carácter democrático de las fuerzas armadas (Esposito, Mortati, Allegretti). Una explicación de este criterio es también la obtención de una función administrativa participada a través, sobre todo, de la regulación de la intervención de los particulares en el procedimiento administrativo (Benvenuti, Bertì, Barone, Nigro): la entrada en vigor de la ley 241/1990, que establece normas que van en tal dirección, ha sido anticipada y favorecida por una abundante jurisprudencia constitucional (Carusi) dirigida a la afirmación de la exigencia de la “procedimentalización” de la acción administrativa y a la valoración de la participación o de la colaboración de los particulares (Corte const. sent. 13/1962, 23/1978, 234/1985, 978/1988, 143/1989).

### 1. *Reserva de ley y organización de la administración pública*

Bajo el aspecto de la organización, destaca en particular el artículo 97, primer apartado, constitucional, en la parte en la cual establece que las dependencias públicas deben ser organizadas según lo dispuesto en la ley. De manera similar, el tercer apartado del artículo 95 constitucional agrega que la ley prevé al ordenamiento de la presidencia del Consejo de Ministros y determina el número, las atribuciones y la organización de los ministerios.

En ambas disposiciones antes citadas recurren hipótesis de reserva de ley de tipo relativo (*ex multis*, Corte const., sent. 221/1976), ya que el legislador no está obligado a regular la completa estructura organizativa de la administración, sino solamente a proveer a la institución de una dependencia pública (o de un ministerio) y a establecer los criterios sobre los cuales el gobierno y la administración puedan fijar (por vía reglamentaria) reglas organizativas de detalle, teniendo en todo caso cuidado de las esferas de competencia, de las atribuciones y de las responsabilidades de los funcionarios públicos (artículo 97, segundo apartado, Const.). Es necesario enfatizar cómo, simétricamente, la sumisión de las dependencias públicas a una relativa reserva de ley sirva para apartar a estas últimas de la disponibilidad exclusiva del gobierno y constituya una importante pieza en la compleja relación entre política y administración. Va precisado, incidentalmente, que



la organización administrativa de la región ahora está atribuida a la competencia legislativa residual de los «principios fundamentales de organización y funcionamiento» establecidos por los estatutos regionales (artículo 123 Const.).

En materia de organización administrativa, tiene cada vez más importancia la tendencia a reducir el área de intervención de la ley, limitándola a fijar los pocos principios organizativos y «reenviando las elecciones más puntuales a reglamentos de organización en modo tal de asegurar la flexibilidad de las estructuras y su rápida adecuación a las diferentes exigencias, que poco a poco van surgiendo» (Bin-Pitruzzella).

La interpretación restrictiva de la reserva de ley, confirmada y reforzada, como se ha señalado por la praxis, ha sido basada en una interpretación literal (el texto del artículo 97 const. hace referencia a la circunstancia por la cual las dependencias públicas son organizadas, no por la ley, o con la ley, sino según disposiciones de ley, es decir, de conformidad con la ley) y sobre exigencias objetivas, en cuanto, por un lado, «la tradición y la praxis imponían reconocer la legitimidad de una serie de actos reglamentarios que cotidianamente intervienen en la organización de las dependencias públicas y que habría sido difícil considerar inadmisibles en base a la Constitución» (Lavagna), y, por otro lado, la misma complejidad del marco organizativo de una administración fuertemente articulada en el interior de un Estado que provee directamente y sobreentiende a la erogación de múltiples prestaciones sociales aparecía por sí misma incompatible con la cristalización normativa conexas a la amplia utilización de la ley.

Se nota además, a modo de finalización del razonamiento, que la reserva de ley nace como límite de la actividad normativa del Ejecutivo —y, en último análisis, como límite a los poderes discrecionales de la administración (Crisafulli)—, pero termina por funcionar, en la interpretación de la Corte constitucional, también como límite para el legislador (Sorrentino).

## 2. *El principio de legalidad*

Una regla tradicional reguladora de la acción de la administración es el principio de legalidad, no formulado directamente en la Constitución, sino a juicio de gran parte de la doctrina deducible por el principio general de la división de los poderes y por algunas disposiciones constitucionales específicas, como las contenidas en los artículos 97, 101 y 113 (Bin-Pitruzzella). En la consolidada visión de los jueces constitucionales, también, el principio resulta ligado “*quasi in endiadi*” con los principios positivamente explicitados,

de imparcialidad y del buen desempeño de la acción administrativa (en particular, Corte Const., sent. 453/1990).

En esta misma dirección, la jurisprudencia administrativa, reconociéndole el fundamento positivo indirecto en varias disposiciones constitucionales, considera el principio de legalidad a manera de «regla fundamental» que debe sostener «el actuar de la administración pública... en cada una de sus fases», concluyendo que «no puede existir respeto del buen desempeño de la Administración, art. 97 Const, si no existe al mismo tiempo respeto del principio de legalidad» (sent. T.A.R. Lombardia, sez. II, 9-6-2006, n. 1352).

El principio de legalidad —que se expresa en todo caso en los términos de la denominada preferencia de la ley, y por lo tanto por el principio de no contradictoriedad del acto administrativo respecto a la ley que está prevista en lo dispuesto por el artículo 4, Disposiciones preliminares al Código Civil, con base en el cual los reglamentos administrativos «no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de ley», y por el artículo 5, ley 2248/1865, anexo E, que encarga al juez ordinario el poder de desahucio del acto administrativo en contraste con la ley— puede tener dos distintas connotaciones, del cual derivan diferentes niveles de intensidad de condicionamiento frente a la administración.

En efecto, la sumisión de la administración a la ley puede considerarse satisfactoria en función del hecho de que a esta le es permitido hacer solo lo que está previsto por la ley (principio de legalidad en sentido formal), mientras que para el mismo objetivo, otras veces, se requiere también que la primera actúe en el modo indicado por la segunda (principio de legalidad en sentido sustancial). En otros términos, en la primera versión el principio de legalidad postula la atribución, de vez en vez, de poderes a la administración; mientras que en la segunda requiere que la ley se impulse también a predeterminar el modo en el cual la administración debe actuar en modo tal que exprese «la necesidad que la administración actúe no sólo dentro de los límites de ley, sino además de conformidad con la disciplina sustancial puesta por la misma ley, la cual incide también sobre las modalidades del ejercicio de la acción, y, por lo tanto, penetra al interior del ejercicio del poder» (Casetta).

Es apenas el caso de determinar, por un lado, que del principio de legalidad surge la exigencia de un fundamento legislativo, no solo para las disposiciones administrativas, sino también para los reglamentos del Ejecutivo (artículo 17 de la ley 400/1988) y, por otro lado, que el principio de legalidad sustancial tiende en la práctica a extralimitar la noción de reserva de ley, también si entre los dos institutos —que se refieren a las relaciones entre el Parlamento legislador y el Ejecutivo-administración (Crisafulli)— perma-

necen diferencias teóricas no marginales, sobre todo en clave teleológica (el primero, a diferencia del segundo, está dirigido a restringir el área de la libre determinación de la administración también con referencia a la actividad no normativa).

En la medida en la cual a la ley le está reservado el poder de determinar casos y modalidades de la acción de la administración, la implicación directa del principio de legalidad es el principio de tipicidad de las disposiciones administrativas, por las cuales la administración «puede emanar solamente las disposiciones establecidas en modo taxativo por la ley» (Casetta).

Por último, no se puede dejar de remarcar el carácter necesariamente dinámico de la relación entre la ley y la administración: la siempre creciente complejidad del marco institucional y el desarrollo de la relación entre la política y la administración han contribuido no poco a cambiar el significado originario el principio de legalidad (Sorace). En particular, se ha observado que en el marco de las administraciones del Estado social la exigencia de conformarse al modelo legal pierde su absolutez (más supuesta que real también bajo la vigencia de ordenamientos estatales de matriz liberal) por vía de la gran transcendencia que asume el resultado socioeconómico de la actividad administrativa (Bin-Pitruzzella).

### 3. *La problemática individuación de una “reserva de administración”*

En la doctrina ha sido bastante controvertido el tema de la existencia en el diseño constitucional de una reserva de administración. En el debate, se ha insertado también una autorizada interpretación del artículo 97 const., que ha individuado, al lado de la reserva de ley, una reserva de reglamento del Ejecutivo (Nigro). Posiciones más cautas, atentas a no provocar un *vulnus* al mismo principio de la preferencia de ley, admiten solo la reserva a favor de la administración (ex artículo 97 const.) de origen esencialmente procedimental; es decir, «bajo forma de reserva de “ponderación de intereses” como aspecto que deriva de las reglas del buen desempeño y de imparcialidad y necesariamente unida, al acto de efectuar en concreto opciones con vistas a intereses públicos, en el esencial momento procedimental de la instrucción» (Casetta).

Tienen mayor importancia, si bien aplicables a ámbitos bien determinados de la administración, las hipótesis de reserva (como campo de actividad impedido al legislador) que pueden derivar de la formulación del artículo 117, sexto apartado, const., introducido por la ley constitucional n. 3/2001, según el cual la potestad reglamentaria «corresponde» a las regiones en las materias diferentes de aquellas de la legislación exclusiva del Esta-

do y a los entes locales «de conformidad con la disciplina de la organización y del desenvolvimiento de las funciones a ellos atribuidas».

4. *Los principios de imparcialidad y de buen desempeño:  
una mirada de conjunto*

El artículo 97, primer apartado, const., integra la reserva de ley en materia de organización de las dependencias públicas, imponiendo al legislador actuar «en modo tal que sean asegurados el buen desempeño y la imparcialidad de la Administración». Por lo tanto, el constituyente ha puesto dos principios fundamentales (o, si se prefiere, requisitos indefectibles) en materia de administración pero sin determinar bien su campo de aplicación, aunque si la prescripción parece referirlos específicamente a la organización administrativa (Casetta): en doctrina, a una vieja opinión proclive a referir el buen desempeño al elemento objetivo del *officium* y la imparcialidad al elemento subjetivo (Cantucci) se ha contrapuesto una orientación, convertida en dominante, que girando alrededor de la interpretación extensiva de la locución «dependencias públicas» prefiere más bien reconducir la operatividad de los dos principios referidos tanto a la organización así como a la actividad administrativa (M. S. Giannini, Treves, Pastori, Casetta). Basándose en la existencia del estrecho vínculo entre los principios del buen desempeño y de la imparcialidad (en términos prácticamente de mutua implicación), la jurisprudencia constitucional ha reconocido constantemente en el segundo «un valor esencial, en todas sus diferentes articulaciones, a la organización de las dependencias públicas» (en específico, Corte const., sent. 453/1990). Se ha tenido amplia coincidencia de visiones entre la doctrina (por todos, Allegretti) y la jurisprudencia, en particular sobre la aplicabilidad de los objetivos referidos en el art. 97, primer apartado, Const. a la generalidad de las administraciones y de las dependencias públicas (incluidas las regionales y jurisdiccionales: véase por ejemplo, Corte const, sent. 86/1982, 1060/1988, 19/1989).

Directamente relacionadas con las normas anteriormente mencionadas aparecen las disposiciones (del tercer apartado del mismo artículo 97 const.), según las cuales en la organización de las dependencias deben estar determinadas las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades de los funcionarios. Se trata de otros aspectos esenciales que, por un lado, dan razón de la calificación en términos de «reforzada» a la reserva de ley prevista en los dos primeros apartados del artículo 97 const. (Mortati), y, por otro lado, consideran ilegítimas «dependencias y atribuciones inde-

terminadas o con competencias variables según la voluntad del Gobierno» (M. S. Giannini).

Además de los dos principios de imparcialidad y del buen desempeño —en conjunto o singularmente— en general se llega a un amplio corolario de prescripciones y de situaciones.

Indicativamente, y dejando de lado cuanto especificaremos más adelante, se puede mencionar como para ellos venga referida la disciplina del justo procedimiento «en especial después de la entrada en vigor de la ley del 7 de agosto de 1990, núm. 241, como ha sido modificada por la ley del 11 de febrero de 2005, núm. 15, por la cual el destinatario del acto debe ser informado de la puesta en marcha del procedimiento, tener la posibilidad de intervenir en su propia defensa, obtener una disposición motivada, recurrir a un juez» (Corte const., sent. n. 104/2007). Con mayor detalle, aunque de manera ejemplificada, se puede señalar cómo en los dos principios bajo examen, ya sea la jurisprudencia constitucional así como la administrativa, identifiquen normas diferentes a las cuales debe conformarse el ejercicio concreto de la discrecionalidad por la administración en la organización de sus propias dependencias: ya que «dicha discrecionalidad, para no cambiar en arbitrariedad, debe ser sufragada por una idónea motivación y por una previa y puntual instructoria dirigida a justificar las decisiones» (Cons. Stato, sez. IV, 22-09-2005, sent. 4957; sobre el deber de la administración de motivar sus propias resoluciones en un primer momento vinculado a la finalidad de asegurar la transparencia administrativa: Cons. Stato, sez. VI, 22-09-2005, sent. 4983); de cuya actuación (en vistas también de la tutela de otros intereses constitucionalmente protegidos, como el derecho de defensa frente a la administración: artículos 24 y 113 Const.) desciende el «principio general» de la publicidad de la acción administrativa, cuya completa aplicación hoy en día está representada por lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 15/2005, que establece que «la resolución limitativa de la esfera jurídica de los individuos adquiere eficacia frente a cada destinatario con la comunicación efectuada al mismo» (Corte const., sent. 104/2006); que, al imponer el respeto de los deberes de lealtad y transparencia, lleva en última instancia a determinar una causa de ilegitimidad en la figura del retardo injustificado en la conclusión de un procedimiento administrativo (Cons. Stato sez. IV, sent. 15-11-2004, 7381). En general, la operatividad de los principios previstos en el art. 97, primer apartado, constitucional ha sido determinado bajo forma de criterio (ex artículo 1, segundo apartado de la ley 241/1990) de no agravamiento del procedimiento administrativo, sino por extraordinarias y motivadas exigencias impuestas por el desenvolvimiento de la instrucción (Casetta).

### 5. *La imparcialidad*

El principio de imparcialidad de la administración, que no es una auténtica novedad del ordenamiento republicano (Allegretti), a primera vista parece no adecuarse tanto a la administración como sujeto llamado a satisfacer intereses bien determinados o coincidentes con los asumidos por el ente del cual es expresión la misma administración. Ahora bien, reflexionando con mayor atención, subsisten, también en un determinado contexto, importantes espacios en los cuales puede evaluarse la exigencia de la imparcialidad, ahí donde esta es evocada bajo diferentes formas, las cuales representan otras tantas manifestaciones, en el plano administrativo, de la aplicación del principio de igualdad. La declinación práctica del principio de imparcialidad aparece estrechamente ligado a la ponderación y a la no discriminación de las relaciones jurídicas: entre los mismos intereses del Estado (*rectius*, entre los intereses particulares en los cuales estos se basan); entre el interés público y el interés particular (en el sentido que es necesario verificar si perseguir el primero sea tan importante para justificar el sacrificio del segundo); entre los intereses particulares involucrados concretamente por la misma norma o por normas diferentes (Lavagna).

La jurisprudencia ha considerado que el principio de imparcialidad «se refleja inmediatamente en otras normas constitucionales, como las del art. 51 (todos los ciudadanos pueden acceder a las dependencias públicas en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley) y del art. 98 (los empleados públicos están al servicio exclusivo de la Nación) de la Constitución; a través de ellos se quiere proteger la administración y sus funcionarios de influencias políticas; en todo caso, tienen valor vital con relación al conjunto de las fases que conciernen al empleo público (acceso a la *officium* y desempeño de la actividad)» (sent. 333/1993).

Ampliamente congruente con el significado más profundo de imparcialidad que estamos examinando —que, en todo caso, no presupone la ausencia de una orientación política de la administración (Carlassare), considerando que esta está “solo” llamada a actuar a lo largo de los caminos trazados por la ley y con las obligaciones que la componente política puede imponer dentro de los limitados confines normativos predefinidos (sobre este último aspecto nos detendremos más adelante)— aparece la evocada obligación de motivación del acto administrativo, a través de la cual es más fácil verificar si el sujeto agente se haya quedado efectivamente inmune de interferencias indebidas (Nigro) o si, por el contrario, hayan tenido lugar discriminaciones arbitrarias, es decir, carentes de fundamento racional, en

el momento de la evaluación de los diferentes intereses involucrados (en esta perspectiva toda la positivización de las diferentes fases del procedimiento administrativo aparece funcional a la realización del principio de imparcialidad).

El deber evitar discriminaciones de trato no agota la gama de las implicaciones del principio de imparcialidad (Allegretti): efectivamente, pueden presentarse casos en los cuales (en hipótesis, cuando no es posible actuar una comparación o la realidad de los hechos impide la justa satisfacción de los intereses en juego), el principio «se refiere a la singular decisión considerada más bien que a la actividad total de la Administración y puede traducirse en una serie de reglas específicas sobre la acción cuyo respeto garantiza una actividad imparcial en el plano sustancial cuando haya espacio para la adopción de una opción», de tal manera que «la parcialidad se halla cuando subsiste un injustificado prejuicio o una interferencia indebida de alguno de dichos intereses; la imparcialidad, referida a la actividad de elección concreta, se identifica en cambio en la “congruidad” de las evaluaciones finales y en las modalidades de acciones elegidas. Dicha congruidad debe ser definida teniendo en cuenta los intereses implicados, de los tutelados por la ley y por los otros elementos que pueden condicionar la acción administrativa» (Casetta).

Es de gran trascendencia la problemática de la relación entre los principios de legalidad y de imparcialidad y el principio de predeterminación normativa de la acción administrativa. Una abundante jurisprudencia administrativa advierte la función de garantía de imparcialidad desarrollada por las formas de predeterminación de la acción administrativa (ver por ejemplo, Cons. Stato, sent. sez. VI, 20-10-1981, n. 786 y sez. IV, 9-3-1985, n. 77).

Bajo el aspecto normativo, en cuanto a las expresiones de concreta autolimitación de la discrecionalidad de la administración, se presenta paradigmático lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 241/1990 (Police).

Indudablemente, los reflejos del principio de imparcialidad afectan también al aspecto organizativo de la administración. Considerada la estrecha conexión entre actividades y organización de la administración, el objetivo de la acción imparcial lleva consigo la exigencia de una congruente estructura administrativa. Por ello, por ejemplo, la Constitución dispone que el concurso es el medio ordinario para el acceso a los empleos públicos (artículo 97, tercer apartado, const.) y que los funcionarios están al servicio exclusivo de la nación (artículo 98, primer apartado, const.) y no de intereses particulares (Cassese, Sorace).

## 6. *El buen desempeño de la administración*

La intrínseca indeterminación del principio de buen desempeño de la administración, con toda probabilidad, ha facilitado la circunstancia por la cual su noción por mucho tiempo ha sido objeto de una interpretación muy limitada, de modo que esta asumía una posición subalterna con respecto a los principios de legalidad y de imparcialidad. La reevaluación del principio de buen desempeño por la jurisprudencia constitucional se acompaña recientemente al siempre más fuerte peso reconocido al valor de la eficiencia (también este nos lleva al artículo 97 const.): cabe subrayar que es precisamente bajo la luz de esa norma (Bin-Pitruzzella) que la Corte constitucional ha dejado a salvo la normativa (d.lgs. 29/1993) de reforma de la relación laboral en las administraciones públicas en el sentido de la privatización y la contratación (sent. 307/1997). No faltan casos, también, en los cuales *obiter dicta* de la Corte constitucional identifican *expressis verbis* el buen desempeño con la eficiencia: así, en la sent. 104/2007 se ha tenido también la oportunidad de demostrar que el principio de la eficiencia de la administración

a su vez... encuentra explicación en una serie de reglas, que van desde aquella de una racional organización de las dependencias a la de asegurar el buen desempeño; al de garantizar la regularidad y la continuidad de la acción administrativa y, en particular, de los servicios públicos, también el cambiar de las estructuras políticas a aquella por la cual los directivos deben someterse a periódicas fiscalizaciones con relación al desempeño de los principios de imparcialidad, flexibilidad, transparencia, así como a la evaluación de sus acciones en función de los resultados y de los objetivos prefijados (salvo, también aquí, la remoción debida a la evaluación con resultado negativo).

Los jueces constitucionales, desde hace tiempo han hecho presente cómo los efectos del principio del buen desempeño se extiendan más allá del área de la organización de las dependencias públicas, terminando por comprender también el ordenamiento del empleo público (sent. 68/1980) y la eficiencia en general de la administración (sent. 188/1974). Al mismo tiempo, la Corte constitucional ha aclarado (sent. 16/1980) que el respeto de ese principio, por su parte, puede ser verificado solo bajo el aspecto de la arbitrariedad legislativa (Lavagna).

Por lo tanto, la operatividad del principio del buen desempeño puede concernir una amplia serie de ámbitos, que van más allá de la regulación de la relación laboral y del acceso al mismo en las administraciones públicas: por ejemplo, la jurisprudencia administrativa ha distinguido una vinculación entre el deber de lealtad y la buena administración (ex artículo 97



const.) y el surgir, independientemente de la existencia de normas específicas, de una legítima y calificada expectativa del individuo a un pronunciamiento explícito sobre cada instancia no manifestamente anormal (Cons. Stato, sez. IV, sent., 14-12-2004, n. 7955); y en cuanto al lado organizativo, por ejemplo, se puede hacer referencia al hecho de que según los jueces constitucionales no existe alguna regla que postula una *prorogatio* de hecho de los órganos administrativos a tiempo indefinido «en cuanto inseparablemente vinculada a la esencia misma del ordenamiento», pudiendo, por el contrario, imaginar que «cada prórroga, en virtud de los principios deducibles [del] art. 97 de la Constitución», puede «tenerse solamente si está prevista expresamente por la ley y en los límites indicados por la misma» (sent. 181/2006); la Corte ha precisado, además (entre otras, en la sent. 339/2005), que el instituto de la *prorogatio sine die* de los órganos caducados no integra en absoluto un “principio general”, y que, carente de adecuadas tutelas, presenta aspectos que contrastan con los valores de la Constitución (sent. 208, de 1992).

En lo específico, el buen desempeño, unido a la imparcialidad, encuentra en cierta medida traducción en el respeto, por parte de la actividad administrativa, de los criterios (de derivación empresarial) de economía, eficacia y eficiencia, que vienen conexos, respectivamente, a la realización de los objetivos con menor gasto de recursos, al perseguimiento de la mejor relación entre lo que se ha realizado efectivamente y cuanto se habría debido realizar sobre la base de un plano o programa, a la optimización de la relación entre recursos empleados y resultados conseguidos (D’Amico). A estos criterios deben agregarse también los criterios de la publicidad y, en la medida en la cual resulte distinguible del precedente, de la transparencia (conjuntamente con los otros institutos típicos del procedimiento administrativo, como la obligación de motivación y la determinación del responsable del procedimiento). Además, se considera una actuación del principio del buen desempeño la “simplificación” de la actividad administrativa (Bin-Pitruzzella).

La trayectoria evolutiva del alcance de los principios sobre la administración contenidos en el artículo 97 const. se distingue por un «proceso de consolidación de una visión sustancial de la legalidad, conjugada con el buen desempeño, en una lógica que tiende a perseguir sobre todo el resultado que es la razón de ser de la Administración», de modo tal, que las medidas de verificación y control terminan por premiar —sobre todo a las administraciones de los entes dotados de autonomía— sobre el cumplimiento de las normas que regulan la acción administrativa (De Martín). En la misma línea se coloca la tensión (en términos de compatibilidad) que se verifica entre el buen desempeño (en la declinación de la eficiencia) y la legalidad: la proliferación de institutos vinculados a los valores de eficiencia

y de eficacia entra inevitablemente en contraposición con un cuadro general «todavía ampliamente condicionado por las exigencias de la legalidad y, sobre todo, por las presencia de otros institutos dedicados al respeto formal de dicho principio» (Casetta).

### *7. El principio del concurso público*

Un elemento estrechamente relacionado con los cánones previstos en el primer apartado del artículo 97 const. (en particular, subespecie de la eficiencia) es el del acceso «a los empleos en las administraciones públicas». De conformidad con el tercer apartado del mismo artículo 97 const., la contratación del funcionario público se verifica «mediante concurso, salvo los casos establecidos por la ley».

El concurso público es la regla general y ordinaria de acceso al empleo público en cuanto «mecanismo imparcial de selección técnica y neutral de los más capaces con base en el criterio del mérito» y «está colocado bajo las exigencias de la imparcialidad y de la eficiencia de la acción administrativa» (sent. 363/2006). Por lo tanto, la doctrina reconoce en el concurso público un presidio para la «profesionalidad del futuro funcionario» (Caretta-De Siervo).

En la asamblea constituyente se sostuvo (por Mortati) que una de las exigencias de incluir en la Constitución algunas normas sobre la administración era «la de asegurar a los funcionarios algunas garantías para sustraerlos de las influencias de los partidos políticos. El esfuerzo de una Constitución democrática... debe tender a garantizar una cierta independencia a los funcionarios del Estado, para una administración objetiva de la cosa pública y no una administración de los partidos». Para evitar la formación de una burocracia politizada tenemos el artículo 98, primer apartado, const. el principio de libre (en el sentido de igual) acceso de los ciudadanos («de uno u otro sexo») a los empleos públicos; lo anterior está confirmado en el artículo 51, primer apartado, const. (a propósito, Corte const., sent. 163/1993 y 188/1994), que se coloca en la línea ya trazada por la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ahí donde proclama (artículo 6) que todos los ciudadanos pueden ser admitidos con toda respetabilidad, a los cargos públicos «según sus capacidades y sin otra distinción que las de sus virtudes y sus talentos».

La jurisprudencia constitucional ha hecho evidente la relación entre la regla del concurso para el acceso a los empleos públicos no solo con las disposiciones antes citadas, sino también con el cumplimiento del principio de igualdad previsto en el artículo 3 const: en particular la sent. 333 de 1993.

La sentencia ha puesto en claro que de la correlación entre los artículos 97, primer y tercer apartado, 98 y 51 const, deriva que el concurso público, como mecanismo imparcial de selección técnica y neutral de los más capaces, es el método ordinario para la constitución de órganos llamados a ejercer sus propias funciones en condiciones de imparcialidad y al servicio de la nación).

Los términos esenciales de la cuestión son bien resumidos por los jueces constitucionales en la sent. 333 de 1993:

referido al concurso público, el principio establecido en el art. 97 de la Constitución [es decir, el principio de imparcialidad de la acción administrativa] tiene un dúplice significado: uno “negativo” y uno “positivo”. Bajo el primer aspecto, éste garantiza que el examen de mérito sea independiente de cualquier consideración conexa a orientaciones políticas o a condiciones personales y sociales: bajo el aspecto “positivo”, en cambio, ello significa la adopción de un método, de cautelas y de reglas correspondientes a la formación de las comisiones juzgadoras tales de asegurar el perseguimiento sólo del interés conexo a la elección de las personas más merecedoras y más idóneas para el ejercicio de la función pública considerada.

En general, para que se realice el concurso (y no solamente el examen de idoneidad) es necesario garantizar la igualdad de acceso a las dependencias públicas a través de procedimientos gobernados por reglas predeterminadas y encargadas a comisiones autorizadas e independientes, compuestas por personas ajenas a la política; pruebas de examen indicadas con anticipación, para las cuales la comisión establece las puntuaciones antes del desenvolvimiento de las pruebas, en modo tal de no favorecer a ninguno; pruebas de las cuales, en la medida de lo posible, no sean identificables los autores al momento de la evaluación de ella; procedimientos de examen fundados, en el límite del posible, sobre una pluralidad de pruebas; evaluaciones comparativas hechas en competencia, en modo tal que el número de los puestos sea inferior al número de los concursantes (Cassese). Por su lado, el juez constitucional es firme al considerar que los procedimientos concursales reservados para el acceso a los empleos a la dependencia del Estado o de otros entes violen «el principio constitucional de acceso a los empleos a las administraciones públicas previstos en los artículos 3, 51, 97, primer y tercer apartado de la Constitución» (así, entre otras, tenemos las sent. 194 y 372/2002, 274/2003 y 81/2006) y, simétricamente, que «pueda considerarse plenamente respetada la regla del concurso público solo cuando las selecciones no estén caracterizadas por arbitrarias e irrazonables formas de limitación de los sujetos legitimados a participar» (sent. 194/2002). En tér-

minos netos, la Corte constitucional ha confirmado que la reserva de cargos a favor de sujetos que hayan ya tenido relaciones de trabajo con las administraciones violarían el principio constitucional del concurso público para el acceso a los empleos en las administraciones públicas «así como también los principios de racionalidad, imparcialidad y buen desempeño, implicando exclusivamente un privilegio ilícito» (sent. 205/2006).

Normas específicas que excluyen el concurso son excepcionales y deben ser de rango legislativo (artículo 97, tercer apartado, const.), pueden ser justificadas solo por «peculiares y extraordinarias razones de interés público» (sobre la subsistencia de las cuales los jueces constitucionales se reservan sustancialmente el ejercer formas de *strict scrutiny* de congruidad y racionalidad con relación a los objetivos determinados y a los intereses en juego sent. 89/2002 y la sent. 81/2006) o «por la razonable necesidad de asegurar el buen desempeño de la administración, siempre que de las susodichas contrataciones no derive una irracional disminución de posición y de legítimas aspiraciones para los funcionarios que han sostenido el concurso público» (Corte Const., sent. 363/2006): en caso contrario, «la derogatoria se resolvería en un privilegio a favor de amplias categorías de personas» (Corte Const., sents. 205 y 363/2006).

Ampliando la perspectiva, la regla del concurso público introduce la compleja temática de las relaciones entre política y administración en una democracia pluralista; según la Corte constitucional, las normas previstas en los artículos 97 y 98 const. «son corolarios de la imparcialidad en los cuales se expresa la distinción entre política y administración, entre la acción del Gobierno —normalmente vinculada a una parte política, expresión de las fuerzas mayoritarias— y la acción de la Administración», que «en la actuación de la dirección política mayoritaria, está obligada a actuar sin distinción de partes políticas, con el fin de perseguir las finalidades públicas objetivadas por el ordenamiento» (sent. 333/1993 y 453/1990).

La más evidente excepción a la regla de no injerencia de carácter político en la selección de los funcionarios públicos está constituida por la exigencia que algunos cargos, caracterizados por una relación de colaboración directa con el órgano político, sean atribuidos a determinados sujetos *intuitu personae*, según el sistema conocido como *spoils' system*. De manera abstracta la admisibilidad de ese sistema se apoya en la convicción de que sea oportuno en la medida en que sea contextualmente instrumental, por un lado, a reforzar la cohesión entre el órgano político (que indica las líneas generales de la acción administrativa) y la cúspide del aparato burocrático (al cual compete actuar el programa indicado) y, por el otro, para realizar la gestión (en este sentido la Corte const., sent. 233/2006).

### 8. *Política, administración, “spoils’ system”*

Según cuanto se ha evidenciado parcialmente, el principio, ex artículo 98, primer apartado, Const., referido a los funcionarios públicos al (exclusivo) servicio de la nación también constituye especificación de las normas de imparcialidad y de buen desempeño.

La disciplina del estatus jurídico de los funcionarios tiende a excluir que estos últimos puedan ser sometidos a influencia directa por parte de grupos o partidos. En ese sentido, los apartados segundo y tercero del mismo artículo 98 const. impiden a los funcionarios públicos obtener ventaja en su carrera por recubrir determinados cargos políticos (en particular, si son miembros del Parlamento, no pueden obtener ascensos sino por ancianidad) y autorizan al Legislador a establecer para algunas categorías de los mismos (magistrados, militares de carrera en servicio activo, funcionarios y agentes de policía, representantes diplomáticos y consulares en el extranjero) límites a su derecho de afiliarse a los partidos políticos.

El principio está íntimamente relacionado con el principio de fidelidad previsto en el artículo 54 const.: ambos responden a la finalidad de garantizar el no partidismo de la administración, sustrayendo las burocracias públicas al condicionamiento de los partidos políticos y a la indebida influencia de asociaciones, grupos y *lobbies* de diferentes tipos. El deber de fidelidad previsto para todos los ciudadanos es reforzado en el texto constitucional para quienes «a los cuales están encargadas las funciones públicas» y por lo tanto especificado en el «deber de cumplirlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos por la ley» (artículo 54, segundo apartado, const.).

### 9. *La responsabilidad personal de los funcionarios públicos*

En las páginas anteriores hemos destacado cómo la relación entre política y administración representa el hilo conductor de muchas disposiciones constitucionales. El diseño constitucional en una primera aproximación no aparece armónico (se han manifestado críticas sobre la no metodividad de buena parte de las normas constitucionales en tema de administración). La Constitución, por el lado de la acción administrativa, indica expresamente como esenciales los dos principios del buen desempeño y de la imparcialidad y de acuerdo con la organización administrativa impone ya sea el reconocimiento de esferas de competencias, atribuciones y responsabilidades propias de los funcionarios, ya sea una reserva de ley que disminuye las prerrogativas del Ejecutivo en la materia (artículo 97, primer y segundo

apartado). Pero, por otro lado —con una óptica que parece evocar más bien la dimensión de la parcialidad—, obliga a los aparatos burocráticos a perseguir los intereses públicos determinados y definidos por la ley, así como someterse (artículo 95, primer apartado, Const.) a la dirección de órganos políticos (gobierno), que responden (en coherencia con el principio democrático) a la representación popular en el Parlamento.

En términos más directos, la decidida separación de la administración de la política, que también en abstracto parecería ser el núcleo central del principio de imparcialidad, no es acogida por la Constitución, la cual, por lo tanto, no actúa alguna «esterilización política» de la burocracia (Carlassare). La referida dificultad de relación entre la dirección política y la actividad administrativa, aumentada por el hecho de que «el principio de pluralismo de los entes políticos territoriales convierte los órganos políticos en múltiples sectores directamente responsables de la administración» (Cerulli Irelli), se encuadra perfectamente con el más amplio contexto de la forma del Estado: en realidad, ella refleja lógicas y ambigüedades que las democracias liberales expresan en materia, ya que estas, por el respeto que deben necesariamente aportar al principio democrático y a los derechos de la persona, no pueden permitir que la relación entre burocracia y política esté configurada en términos de total autonomía o de absoluta compenetración. Por lo tanto, en Italia, la administración es, de manera (solo) aparentemente incoherente, separada de los órganos de gobierno (gracias al principio de imparcialidad de la administración y al precepto según el cual los empleados públicos están al servicio exclusivo de la nación) y vinculada funcionalmente a los mismos en cuanto están obligados a cumplir con los objetivos político-administrativos (Bin-Pitruzzella).

La compleja realidad de las relaciones entre política y administración (de relativa separación) admitida por la Constitución —donde no prevalece «ni la imagen de una Administración “brazo ejecutivo” del Poder legislativo o del Gobierno, ni la de una Administración completamente autónoma o acéfala» (Casetta)— está en tendencia contraria respecto a la situación del periodo prerrepblicano, que hacía evidente ese típico rasgo de una administración sujeta al control político del Ejecutivo. Completamente coherente con el nuevo escenario republicano es la circunstancia por la cual a las «garantías de la Administración» frente a las interferencias o presiones del poder político resulte contrapuesta la exigencia de la «tutela del Gobierno» respecto al surgimiento en seno a la burocracia de direcciones autónomas u orientaciones con reflejos sobre la actuación de la dirección política y administrativa (Carlassare). El mismo texto constitucional (artículo 95), como se ha dicho, permite considerar a la administración también en términos

de «instrumento de ejecución de las directivas políticas impartidas por el Ministro que asume la responsabilidad de los actos del propio dicasterio» (Casetta).

La consecuencia lógica del marco apenas trazado ha sido la adopción de numerosas disposiciones legislativas con diferente significado.

En cuanto a la separación entre política y administración, en consonancia con la orientación expresada por la Corte constitucional en la sent. 453/1990, el legislador ha formalizado la distinción entre actividad de dirección y gestión administrativa (artículo 51, ley 142/2001). La solución ha sido extendida del nivel local a otros niveles de la administración pública (d.l.es 29/1993, ley 127/1997, d.l.es 80/1998, 267/2000 y 165/2001): de tal manera, ha sido configurado un principio de carácter general (Scarciglia). Entre los ámbitos en los cuales se ha advertido una distinción entre política y administración resalta la organización del trabajo en las administraciones públicas: la disciplina inicial puesta por el d.l. 29/1993 (que ha actuado un vuelco total con relación a la óptica precedente: Caringella), posteriormente ha sido sustituida por el d.l. 165/2001, que prevé instrumentos jurídicos (prefijación de objetivos y verificación de los resultados) a través los cuales los órganos políticos pueden actuar contra la dirigencia administrativa, pero no tales de limitar demasiado los espacios de gestión autónoma de esta última (Casetta). Como fenómeno ulterior expresivo del trend hacia la neutralización de la injerencia del poder político sobre la administración cabe indicar la proliferación de las denominadas autoridades administrativas independientes, las cuales *per definitionem* deberían actuar sin influencia del poder político «que no tiene la capacidad de influenciar la acción mediante la determinación de programas, direcciones y el ejercicio de controles» (Cerulli Irelli).

Todavía, se señalan una serie de disposiciones de la ley 400/1988, que, por un lado, reservan al Consejo de Ministros la tarea de determinar, en actuación de la política general del gobierno, la dirección general de la acción administrativa (artículo 2, primer apartado), y, por otro lado, encargan al presidente del Consejo de Ministros el poder de dirigir a los ministros ya sea las directivas políticas y administrativas en actuación de las disposiciones del Consejo de Ministros, ya sea las conexas a su propia responsabilidad de dirección de la política general del gobierno (artículo 5, segundo apartado, letra a)). Un aspecto particular es la formalización y solidificación de un vínculo de confianza entre el órgano político y el vértice directivo, por el cual se prevé el cese automático de una serie de cargos, transcurridos noventa días desde el voto de confianza al nuevo Ejecutivo (art. 19 d.lgs. 165/2001 y posteriores modificaciones).

Durante un limitado periodo de tiempo (cuyos extremos pueden ser determinados en el d.l. n. 80/1998 y en la ley 145/2002), el instituto del *spoils' system* ha tenido una aplicación más rigurosa en el ordenamiento italiano, y se ha extendido del nivel estatal al regional y provincial, terminando por someterse al régimen de la alternancia por fenómenos de tipo marcadamente político y con base en la confianza, no solamente para los altos funcionarios públicos (en número limitado, colocados en el vértice del aparato público, y para los cuales se ha considerado oportuno pensar que deberían gozar de la plena confianza del titular del órgano político: denominado *spoils' system* “ordinario”), sino también para todos los directivos de la administración.

Recientemente, la Corte constitucional, con cierta cautela, ha avalado la política del *spoils' system*, decretando la supremacía de las lógicas de la confianza sobre aquellas basadas en criterios de profesionalidad y de buena administración: por ejemplo, la sent. 233/2006, con base en el principio de la cohesión entre el órgano político y los órganos del vértice del aparato administrativo.

El criterio del *intuitu personae* para confiar cargos a la dirigencia unida al cese automático de la relación de servicio ha sido objeto de profunda reflexión por parte del juez constitucional. El cambio de ruta verificado en la jurisprudencia constitucional está estrechamente unido a la elasticidad del área de los niveles de los directivos involucrados. Es basándose en este aspecto lo que permite a los jueces constitucionales, como ha sido manifestado por ellos en dos oportunidades; por un lado, no resaltar, al menos en el plano formal, algún *revirement* jurisprudencial y, por otro lado, no renunciar a encauzar de manera neta e incisiva la operatividad del instituto en contraste con los artículos 97 y 98 const., confirmando en síntesis que los importantes principios constitucionales en materia de administración pública postulan asumir el criterio de estabilidad de la dirigencia pública como norma básica de sus relaciones con la política (por lo que la remoción es posible solamente en el caso de juicio negativo de los resultados de gestión al finalizar el específico y periódico procedimiento de evaluación) y, por lo tanto, la excepcionalidad de la regla del estrecho y deletéreo vínculo entre órgano político y directivo público en cuanto al mantenimiento por este último de determinados cargos. Antes que todo, la Corte constitucional, con sent. 103/2007, ha declarado la ilegalidad constitucional de las normas sobre el denominado *spoils' system* “una tantum” del artículo 3, séptimo apartado, de la ley 145/2002, de conformidad con las cuales se introducía un mecanismo (como se nota en la sent. 103/2007) de «cese automático, ex lege y generalizado por los cargos de directivos de nivel general» al momento de la expiración del plazo de sesenta días desde la entrada en vigor de la misma ley. En



segundo lugar, los jueces constitucionales, con la siguiente sent. 104/2007, han dispuesto declarar la inconstitucionalidad de algunas normas legislativas regionales que habían extendido los principios del *spoils' system* a otras categorías de directivos que actuaban en las regiones de Lazio y Sicilia.

La Corte constitucional en la primera de las dos decisiones ha aclarado que la hipótesis de interrupción automática de la relación laboral todavía activa antes de la expiración del plazo establecido «viola, ante la carencia de garantías procedimentales, los principios constitucionales indicados [los referidos en los arts. 97 y 98 Const.] y, en particular, el principio de continuidad de la acción administrativa que está estrechamente relacionada con el buen desempeño de la misma» y que «la revocatoria de las funciones legítimamente otorgadas a los directivos... puede ser consecuencia solamente de una comprobada responsabilidad de los directivos ante la presencia de determinados presupuestos y ante el resultado de un procedimiento de garantía disciplinado puntualmente».

A la nueva orientación de la Corte constitucional se debe reconocer un particular significado, en cuanto los presupuestos sobre los cuales se apoya parecen presagiar un escenario capaz de extender la censura de inconstitucionalidad a gran parte de las normas estatales y regionales, las cuales en los últimos años han sometido al sistema de los *spoils' system* a amplios segmentos de la dirigencia pública. En esto se lee la transparente intención de emancipar a los directivos de obligaciones demasiado subalternas a la política, pero sin acceder a la idea del restablecimiento de la inamovilidad de los directivos de vértice (Clarich).

En el razonamiento de la Corte, las condiciones de precariedad relativas al ejercicio del *spoils' system* terminan por ser relacionadas con la instauración de una situación de dependencia política que destuerce la relación de dependencia funcional del directivo respecto al vértice político: si se acepta, sostiene la Corte, que el primero esté sometido a las directivas y al juicio del segundo, se debe entonces necesariamente admitir que el alejamiento o el cese del directivo no puedan verificarse «sin la garantía del justo procedimiento» (sent. 104/2007), «al resultado del cual deberá ser adoptado un acto motivado que... permita en todo caso un control jurisdiccional» (sent. 103/2007).

#### 10. *Otros aspectos de la normativa constitucional en tema de administración: «justo procedimiento» y descentralización*

Con los principios de legalidad, de imparcialidad y de buen desempeño, el principio de la responsabilidad de la administración pública previsto en el

artículo 28 constitucional se coloca en una relación de lógica complementariedad.

La acogida de ese principio en el ordenamiento representa una verdadera y real revolución copernicana, por el cambio del principio de irresponsabilidad en vigor hasta mitad del siglo pasado. El artículo 28 const. impone la responsabilidad directa de los dependientes y de los funcionarios públicos, «de conformidad con las leyes penales, civiles y administrativas» y con específica atención a los «actos cumplidos ante violaciones de derechos»; todo ello significa una revisión fundamental de la posición de superioridad de la administración frente al ciudadano según los principios derivados desde la primera experiencia liberal (en muchos aspectos sintetizada en la conocida fórmula anglosajona «the King can do no wrong», que evoca el principio por el subsiste, es delegada a sus funcionarios a título personal y privado). En vigencia del ordenamiento estatutario, los desarrollos doctrinales y jurisprudenciales en Italia quedaron por mucho tiempo concentrados en la responsabilidad indirecta de la administración para los actos de gestión, para llegar solo en época tardía a la determinación (según el esquema del ilícito aquiliano) de la responsabilidad directa del Ente al cual pertenece el funcionario (Morelli).

Los puntos innovadores del artículo 28 const. residen precisamente en establecer el principio de responsabilidad directa «de los funcionarios y de los funcionarios públicos por los actos cumplidos en violación de los derechos» y la vinculación a este de la responsabilidad civil «del Estado y de los Entes públicos». Por esta vía, el Constituyente republicano ha entendido reforzar el deber de diligencia al cual están obligados los dependientes públicos y enriquecer el abanico de las garantías para la protección de las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos (Morelli).

La jurisprudencia de la casación y, en cierta medida, la de la Corte constitucional, sustancialmente indiferentes a las varias posiciones de la doctrina sobre la nueva connotación del ilícito del funcionario, han sido firmes al considerar de tipo directo también la responsabilidad del ente (por ejemplo Corte di cassazione, sent. 5.9.1985 n. 4620, y Corte const. sent. 123/1972 y 18/1989). Se trata de una responsabilidad directa que el funcionario y el dependiente público comparten solidariamente con el Estado o con el ente público del cual son funcionarios: los terceros perjudicados pueden, de este modo, dirigir a la administración una petición de resarcimiento por los daños derivados del hecho ilícito del agente, sin dejar de lado la excusión del mismo agente autor del hecho ilícito. A nivel de actuación legislativa del dispositivo constitucional con relación a la disciplina del empleo público, se ha realizado una asimetría (avalada en la jurisprudencia: Corte const. sent.

2/1968; Corte Cass. Sent. 24.3.1982 n.1879); mientras que la responsabilidad del agente está limitada a los casos de dolo o de culpa grave, la administración está llamada a responder por el ilícito de su dependiente también si es imputable de una culpa no grave (Cerulli Irelli).

El artículo 28 const. expresa dos exigencias fundamentales: la responsabilidad como tutela del ciudadano y la responsabilidad como instrumento del buen desempeño de los poderes públicos, aunque la evolución legislativa y jurisprudencial ha dado mayor importancia al primer aspecto (Benvenuto).

El legislador ha ampliado el ámbito de la responsabilidad en modo de atribuirla no solo a la lesión de los derechos subjetivos, sino también a la de los intereses legítimos (así en particular se encuentra en el d.lgs. 80/1988 y en la ley 59/1997). En cuanto a la jurisprudencia, en la sentencia 500/1999, las Secciones Unidas de la Casación han establecido el principio de que el derecho al resarcimiento del daño depende de la posición jurídica subjetiva (derecho subjetivo, interés legítimo, interés en todo caso relevante para el ordenamiento) cuya lesión es fuente de daño injusto (Casetta, Scarciglia).

#### 11. *Otros aspectos de la normativa constitucional en tema de administración: «justo procedimiento» y descentralización*

Como se mencionaba al inicio, la disciplina de materias atinentes a la administración es contenida en un amplio número de normas constitucionales, también si algunas veces —ante la carencia de vinculaciones explícitas— se pueda llegar a un tal resultado solo por la vía interpretativa de singulares o de la combinación de varias disposiciones.

Desde esta última visual, es complejo el caso del principio del justo procedimiento administrativo (por el cual las manifestaciones del ejercicio del poder administrativo deben ser necesariamente precedidas —además de las normas de ley— por particulares procedimientos en función de la garantía de los sujetos interesados sobre quienes incidirá el resultado del procedimiento (Cerulli Irelli): reconstruido por la Corte constitucional a la manera de principio general del ordenamiento (sent. 13/1962), tal principio ha sido considerado obligatorio (hasta la reforma constitucional de 2001) frente al legislador regional y no ante el estatal. La jurisprudencia constitucional ha sido firme en no considerarlo un principio de rango constitucional («el principio del justo procedimiento, aún no pudiendo definirse un principio asistido por la garantía jurisdiccional y constitucional, sin embargo, constituye un criterio de orientación para el legislador»: sent. 210/1995). Sin embar-

go, ha terminado por asumir importancia constitucional en la medida en que algunos de sus puntos de vista tienden a desaparecer (o compenetrarse) con la regla fundamental de racionalidad normativa y con el principio del buen desempeño de la administración.

La doctrina considera que al menos en un sentido, en cuanto corresponde a la reserva de ley, el justo procedimiento pueda convertirse en importante para el legislador (y por lo tanto pueda dar lugar a la inconstitucionalidad de las leyes): «sustancialmente, en las materias cubiertas por la reserva de ley, la mera previsión del poder administrativo por una autoridad sin alguna previsión procedimental podría aparecer como una efectiva elusión de la misma reserva, visto que la norma se limitaría sustancialmente a un mero reenvío» (Cerulli Irelli). Aparecen convergentes en potencia con esta orientación las direcciones doctrinales que entienden el principio del justo procedimiento administrativo en asociación lógica con el «justo procedimiento» en materia de jurisdicción, sancionado expresamente en la Constitución (artículo 111), luego de la reforma de 1999 (De Martin) o que lo llevan a la exigencia de la distinción entre disponer en abstracto con la ley y suministrar concretamente un acto conforme a la disciplina abstracta (Casetta). No es siempre objeto de una consideración adecuada por parte de los legisladores estatales y regionales (De Martin), la más importante actuación del principio del justo procedimiento es el proporcionado por la ley 241/1990, cuyas reglas sobre la acción y sobre el procedimiento administrativo tienen como centro de gravitación el principio de racionalidad, que requiere a su vez la adopción de disposiciones caracterizadas por lógica, proporcionalidad, y adecuación (Morbidelli, Scarciglia).

En otra perspectiva, resaltan algunos principios conexos al derecho a la tutela jurisdiccional y en particular a la justiciabilidad de los actos administrativos lesivos de las posiciones jurídicas subjetivas protegidas por el ordenamiento: la referencia es a las disposiciones del artículo 24, primer apartado, const. («Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y legítimos intereses») y de los artículos 103, primer apartado, y 113 constitucional (que garantizan en todo caso —recte: «siempre»—, contra los actos de la administración pública, «la tutela jurisdiccional de los derechos y de los legítimos intereses ante los órganos de jurisdicción ordinaria o administrativa», estos últimos determinados en el Consejo de Estado y en los «otros órganos de justicia administrativa»).

Los otros principios relativos a la administración, introducidos a través de la revisión constitucional de 2001 (de subsidiariedad, de descentralización y de valoración de las autonomías regionales y locales), son objeto de análisis específico en otros capítulos del presente libro.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- , “Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione”, *Digesto IV*, Disc. pubbl., VIII, Torino, 1993.
- , *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.
- ANDREANI, A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.
- BACHELET, V., *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa*, Milano, 1965.
- BARILE, P., “Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione”, *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1958.
- BENVENUTI, M., “Art. 28”, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- BERTI, G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- , “Amministrazione e costituzione”, *Dir. Amm.*, 1993.
- CARANTA, R., “Art. 97”, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.
- , “Politica e amministrazione nella Costituzione”, *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, Milano, 2002.
- CARETTI, P., Art. 97, 1° comma, parte I, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.
- CARINGELLA, F., *Corso di diritto amministrativo*, 4a. ed., Milano, 2005.
- CARLASSARE, L., *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.
- CARRA, M., *L'esercizio illecito della pubblica amministrazione*, Milano, 2005.
- CARUSI, V., “Art. 97”, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990.
- CASETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- CASSESE, S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974.
- , *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- CERULLI Irelli, V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006.
- (cur.), *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore 1996-2002*, Torino, Giappichelli, 2002.
- DE MARTIN, G. C., “L'amministrazione pubblica e la Costituzione”, *Amministrazione in cammino* ([www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)), 2006.
- ESPOSITO, C., *La Costituzione italiana: saggi*, Padova, 1954.
- FERRARI, G. F., “Pubblica amministrazione e giudici amministrativi”, in COSTANZO, P. et al., *La Commissione bicamerale per le riforme istituzionali*. I progetti, i lavori, i testi approvati, Padova, 1998.
- FORTE, P., *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.
- GIANNINI, M. S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.
- , *Diritto amministrativo*, 2 voll., 3a. ed., Milano, Giuffrè, 1993.
- , “L'amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo”, *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1988).

- ITALIA, V., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- , LANDI, G., POTENZA, G., *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, Giuffrè, 2002.
- LAVAGNA, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 5a. ed., Torino, 1982.
- LOMBARDI, G., “Fedeltà (d. cost.)”, *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- MAGRI, M., *La legalità costituzionale dall’amministrazione*, Milano, 2002.
- MERLONI, F., *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- MORBIDELLI, G., “Il procedimento amministrativo”, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998.
- NIGRO, M., “Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell)”, *Enc. dir.*, II, 1988.
- PASTORI, G., “Burocrazia”, *Digesto* IV, disc. pubbl., II, Torino, 1987.
- PINELLI, C., Art. 97, 1o. comma, parte II, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.
- POLICE, A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.
- POTOTSCHNIG, U., Art. 97, 3o. comma, sezione II (art. 51), in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994.
- RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria*, Torino, 2004.
- RESCIGNO, G. U., *Corso di diritto pubblico*, 10a. ed., Bologna, 2006.
- RESTA, R., “L’onere di buona amministrazione”, *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940.
- SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, XIV ed., Napoli, Jovene, 1984.
- SATTA, F., “Imparzialità della pubblica amministrazione”, *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989.
- SCIULLO, G., *Alla ricerca del centro. Le trasformazioni in atto nell’amministrazione statale italiana*, Bologna, 2001.
- SORACE, D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 3a. ed., Bologna, 2005.
- TREVES, G., *L’organizzazione amministrativa*, Torino, 1977.