
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

| | | | | | |
|--|----------------|-------|-------|----------|----------------|
| A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte | ano 9 | n. 37 | p. 1-250 | jul./set. 2009 |
|--|----------------|-------|-------|----------|----------------|

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisoras: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editora Acadêmica Responsável

Ana Cláudia Finger

Secretário Editorial Executivo

Daniel Wunder Hachem

Conselho Diretivo

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzalez Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luis Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Emerson Gabardo (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

El Derecho Europeo y su incidencia en la Administración

Giuseppe Franco Ferrari

Catedrático de Direito Público Comparado na *Universit  Commercial Luigi Bocconi* de Milão. *Visiting Professor* das Universidades de Barcelona, Coimbra e da *London School of Economics*. Membro do Comit  de Experts em Administra o Pública do Conselho Económico e Social da Assembl ia Geral das Na es Unidas. Presidente da *Association of Comparative and European Public Law*.

Resumen: El Autor ilustra las transformaciones del sistema administrativo nacional inducidas por la integración europea, aunque en un marco de recíprocos intercambios e influencias. En la prima parte, el Autor pone de relieve las peculiaridades del sistema decisonal comunitario, desde la óptica de la así llamada comitología, y de su estructura “en red”. Como consecuencia de la integración, se manifestó como necesaria la creación de estructuras interministeriales o en la maquina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con tareas de coordinación entre políticas administrativas nacionales y comunitarias, y de organismos operantes en el ámbito de las diferentes formas de co-administración, de auxiliariedad y de ejecución también, como en el caso de las Autoridades Independientes cuya creación ha sido impulsada por la legislación comunitaria. Sucesivamente, el Autor subraya la entrada del principio de subsidiariedad en el ordenamiento nacional que ha contribuido a una profunda reforma de la articulación territorial del poder; los entes territoriales diferentes del Estado así alcanzando un nivel decisamente superior de autonomía. En fin, el Autor analiza la “europeización” del derecho administrativo sustancial (privatizaciones, liberalizaciones, contratos públicos, principios de proporcionalidad, de legítimo encargo, de precaución, con sus evidentes manifestaciones en el procedimiento administrativo) y procesal también.

Palabras clave: Europeización del derecho administrativo italiano. Comitología. Principio de subsidiariedad. Privatizaciones. Liberalizaciones. Principio de proporcionalidad.

Sumario: **1** Introducción - **2** Los módulos organizativos del Derecho Europeo y el impacto sobre la Organización Administrativa - **3** El caso de las Autoridades Administrativas Independientes - **4** Derecho Comunitario y los procedimientos administrativos italianos - **5** El control jurisdiccional interno y la influencia europea - **6** Conclusiones

1 El Derecho Administrativo, como las demás ramas del derecho, no ha resistido a la penetración del Derecho Comunitario, que se ha introducido en su ordenamiento interno. La progresiva contaminación no puede decirse, ni mucho menos, que haya tenido poca envergadura, pero s  que se ha producido, sin embargo, por así decirlo “sin dejar huella”, de manera mucho menos visible a lo que lo ha sido la influencia que el Derecho Europeo en otros sectores (como el Derecho bancario, o industrial)

en los cuales, en cambio, el fenómeno se ha manifestado con toda su impetuosidad.

A diferencia de lo que ha sucedido en los sectores “clásicos” de la integración, falta, en efecto, en el campo Administrativo, un acto Comunitario que se erija en fuente del ordenamiento de la materia y obligue a la adecuación por parte de los Estados miembros. Esto depende, a su vez, de la evolución que el Derecho Administrativo ha seguido. Es sabido, efectivamente, que, en el momento histórico en el cual nace la Comunidad Económica Europea, estaba aún muy lejano al proyecto la idea de un aparato supranacional que involucrara también el Ordenamiento Administrativo. Más bien al contrario, la formulación originaria del Tratado CEE no comprendía siquiera un órgano que ejerciese de manera efectiva el poder ejecutivo, respetando así el clásico principio por el cual la función ejecutivo-administrativa pertenece solamente a un Ente territorial en cuanto tal (en el caso particular, un Estado soberano) y no a una entidad diferente como la (entonces) CEE.¹

Sin embargo, la voluntad inicial de mantener esta función solamente en el fondo de las competencias estatales, y la carencia de una disciplina europea unitaria, no han impedido que, también en este sector, la dimensión comunitaria haya ido recortando un espacio propio en el ámbito interno de cada Ordenamiento nacional. El particular contexto en el cual se desenvuelve el Derecho Administrativo Europeo ha determinado sus características peculiares. No constituyendo, en efecto, una “materia” con relación a la cual el Legislador comunitario haya sentido la necesidad de dictar una disciplina común, el Derecho Administrativo Europeo, a partir de los años ochenta, se ha desarrollado más bien como consecuencia del elefanciaco crecimiento de las áreas de competencia comunitaria y, en correlación al mismo, de la laboriosa actividad requerida para la gestión de aquellas áreas. No es extraño, por ello, que se haya hablado en la Doctrina italiana² del paso “de Administración de misión a Administración de gestión”, precisamente para ilustrar, con una expresión particularmente feliz, el progresivo crecimiento (coincidente, en gran medida, con el nacimiento de la Unión europea), de toda una serie de funciones, especialmente dirigidas por la Comisión, de carácter claramente administrativo, conexas

¹ Sobre este punto, véase más ampliamente G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. II, Milano, Giuffrè, 2003, 2. ed., 1797 y sgts.

² *Ibidem*, 1810.

a la implementación de las acciones comunitarias, concernientes ya no más solamente al mercado común, sino también a nuevos ámbitos, en un crecimiento constante, que ha involucrado una amplia serie de *non economic issues*, bajo diferentes títulos que figuran en el instrumento de los poderes comunitarios (por el explícito aumento de las competencias comunitarias, por la absorción y por sobreposición a las competencias estatales, por la incorporación, o, por último, mediante el ejercicio del Principio de los poderes implícitos) y por los contenidos materiales más dispares; todos con el común denominador, en cambio, de requerir una mole creciente de actividades de ejecución por parte de todos los niveles ejecutivos, ya sean estatales o comunitarios.

La necesidad de cumplir con tareas típicamente Administrativas, insertándose en un marco jurídico que no preveía ni un aparato burocrático, ni un sólido contexto normativo comunitario sobre esta materia, genera un fenómeno particular de *feedback*, o influencia recíproca, entre el Ordenamiento Comunitario y el de los diferentes Estados miembros. Por un lado, en efecto, la Comisión se erige, en muchos campos, en auténtica protagonista, cuando introduce directamente una disciplina de cuya ejecución son responsables los aparatos descentralizados (es decir estatales); por otro lado, es el mismo aparato burocrático comunitario que ha de dotarse de nuevas dependencias y nuevo personal para el cumplimiento de sus nuevas tareas. La adecuación nacional a la normativa comunitaria se desarrolla, por un lado, desvinculada de rígidas prescripciones procesales (durante la sustancial “ligereza” del Aparato Administrativo Comunitario) y, por otro lado, se desenvuelve en todo caso bajo la égida del control de la Comisión, que intenta garantizar en todo caso una mínima uniformidad de medios y resultados. De este modo se verifica, *de facto*, la “europeización” de los Derechos Administrativos nacionales; a su vez, los modelos organizativos y procesales de varios Estados “remontan la corriente” en el sentido opuesto, e influyen la formación de un sector del Derecho que, a nivel comunitario, está todavía en fase de (relativamente) reciente formación y consolidación.

2 A primera vista podría parecer, aunque realmente no es así, como luego veremos, que la Organización Administrativa italiana, bien sea por motivos constitucionales o bien de Derecho Comunitario, queda al margen de las consecuencias directas y tal vez incluso indirectas (como se aclarará más adelante), de la integración europea. Consecuencias que, sin embargo,

sí se manifestarían en forma evidente bajo otros aspectos del Derecho Administrativo nacional.

Como es conocido, la Constitución italiana contiene en efecto, en su art. 97, una reserva de Ley (comúnmente entendida como “relativa”) referente a la regulación organizativa de las dependencias públicas. El art. 117, ap. 2, describe analíticamente también que el Estado tiene legislación exclusiva — y por lo tanto, de conformidad con el sexto apartado del mismo artículo, también potestad reglamentaria — en materia de “ordenación y organización administrativa del Estado y de los Entes públicos nacionales”; el art. 123 reserva a los Estatutos regionales la tarea de determinar, en armonía con la Constitución, “los principios fundamentales de organización y funcionamiento” de las Regiones, también implícitamente el de atribuir — a través la regulación de las correspondientes “formas de Gobierno” — la pertenencia de los ulteriores poderes normativos en materia de Organización Administrativa al Consejo Regional más que a la Junta; por último, del texto Constitucional (art. 114, ap. 2) y por la Ley ordinaria (Decreto Legislativo 267/2000, art. 6) se deduce una análoga, aunque más limitada, autonomía organizativa — que debe ejercerse en parte por vía estatutaria en parte por vía reglamentaria — de los Entes locales (dejando a salvo, obviamente, la competencia legislativa exclusiva del Estado sobre los “órganos de Gobierno y las funciones fundamentales de Municipios, Provincias y Ciudades metropolitanas”).

Por su parte, como es bien conocido, los Tratados representaban los modelos de acción de las instituciones comunitarias, y en general de funcionamiento del sistema europeo, sin invocar, más bien en línea de principio de excluir, tanto la adopción de medidas directamente dirigidas a la reconfiguración estructural de los sistemas Administrativos nacionales, como la creación de Aparatos Administrativos comunitarios susceptibles de incidir indirectamente — induciendo a los Estados a más o menos “espontáneas” emulaciones — sobre los módulos organizativos de los aparatos internos (ver en este sentido, en particular, el art. 10 del TCE, que parece dibujar un modelo casi total de “federalismo de ejecución”).

Por la influencia de los anteriores factores, que apenas hemos esbozado, y otros que se irán señalando, la realidad parece haberse separado, en medida cada vez más creciente, del marco formal de partida (siendo cómplice, obviamente, en cuanto a la superación de los vínculos constitucionales internos, el principio de casi absoluta preponderancia del Derecho Comunitario).

En primer lugar, se ha demostrado, con relación a algunos sectores, que la propia idea de fondo de un Aparato Administrativo Comunitario reducido al mínimo y limitado a las estructuras indispensables para el funcionamiento de los aparatos políticos, está cuando menos parcialmente en retroceso: es sin duda significativo, aún cuando en sí mismo no sea elevadísimo, el número de aproximadamente veinte mil unidades al que ha llegado el personal empleado en las diferentes dependencias dirigidas por la Comisión, sobre todo, pero no solamente, en el ámbito de actividades vinculadas a la tutela de la competencia.³

No ha sido raro que la acción directa de estas dependencias comunitarias termine por producir, como se ha observado, una nueva dislocación de poderes entre los órganos nacionales y comunitarios, administrativos y a veces también judiciales, en algunos frentes, llegándose a sustanciales abandonos de vínculos constitucionales internos. Se puede recordar, a tales efectos, el caso de los “dawn raids”, es decir, de los asaltos sorpresivos efectuados, en el ámbito de las investigaciones sobre presuntas infracciones precisamente de las normas en materia de competencia, por funcionarios de la Comisión en las oficina de empresas o en otros lugares, delimitados con una cierta amplitud por el Reglamento 1/2003/CE: asaltos para las cuales está previsto, por el mismo reglamento, un mecanismo de control jurisdiccional que, reduciendo los poderes preventivos del Juez nacional, se aleja en cierta medida de lo teóricamente requerido por el art. 14 de la Constitución.⁴

En segundo lugar, y sobre todo, se han multiplicado — agregando a las hipótesis de Administración Comunitaria directa y, obviamente, a las de Administración encargada a los Estados — los experimentos de “Administración mixta”, no solamente bajo el aspecto operativo y procesal (según cuanto se dirá con mayor detalle en el párrafo 4) sino también bajo el aspecto propiamente organizativo, mediante la creación de una serie de estructuras colegiadas con composición precisamente mixta: comunitaria — esencialmente a través la participación (y en general la Presidencia) de responsables de la Comisión — y (multi) nacionales, a través

³ Ver D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, il Mulino, 2002, 37; más ampliamente, sobre el diseño original y sobre el proceso de “administrativización” de la Comisión y de sus aparatos, ver C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 651 y sgts.

⁴ Ver S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, I, 35.

la implicación de representantes de los Gobiernos o de las Administraciones de cada Estado.

Es celebre la experiencia de los “Comités”, creados a partir de los años sesenta y que han alcanzado hoy en día, según algunas estimaciones, la cifra de aproximadamente trescientos; algunos de ellos revisten un papel de primer plano en los sectores de su respectiva competencia, al punto de sugerir en alguna parte de la doctrina la existencia de un “Gobierno de comités”.⁵ Con relación a la praxis en cuestión, se ha resaltado la posible afirmación de una tendencia que merece ser aquí señalada, esto es, “la de ver representados los Gobiernos nacionales en el Consejo y las Administraciones nacionales en la Comisión” (girando preponderantemente alrededor de esta última los Comités); “en dicho modo”, se agrega “las Naciones estarían impulsadas a no actuar más según el modelo del “State-as-a-unit””.⁶ Debe recordarse, por último, que para disciplinar la denominada “comitología” han sido emanadas por el Consejo dos importantes decisiones (la segunda de las cuales, la 1999/468/CE, ha sustituido como es conocido la precedente 87/373/CEE); y además, como ha afirmado el Tribunal de Justicia (sent. 21.1.2003, C-378/2000, *Comisión c. Parlamento UE y Consejo*), los tres modelos operativos delineados — Comité “consultivo”, Comité “de gestión”, Comité “de reglamentación” — y en general las indicaciones aquí contenidas no deben considerarse como obligaciones insuperables, pudiendo el Legislador comunitario separarse con adecuada motivación.⁷

Se han manifestado también, en tiempos recientes, pruebas de organización “en red”, entre las cuales se puede recordar aquella que ha conducido a la constitución de la “Red europea de información y de observación en materia medioambiental” (ver el Reglamento 1210/90/CEE): la peculiaridad de dichos experimentos está en haber realizado la coparticipación de Autoridades comunitarias y Administraciones nacionales dentro de una estructura compuesta y policéntrica y, sobre todo, fuertemente

⁵ Ver por el impresionante dato numérico inicial, por algunos ejemplos, por los razonados cuadros reconstructivos generales y por las argumentaciones acerca el último punto, respectivamente P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, 222 y sgts.; S. CASSESE, *Poteri divisi: amministrazione europea e amministrazioni nazionali*, in G. AMATO, M. SALVADORI, *Europa conviene?*, Roma, Laterza, 1990, 23 y sgts, espec. 28 y sgts.; ID., *Il diritto amministrativo europeo*, cit., 35 y sgts.; C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit., 20; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003, 32 y sgts.; D. SIDJANSKI, *Europe 1992: gouvernement des comités?*, in *Pouvoirs*, 1989, n. 48, 42 y sgts.

⁶ S. CASSESE, *Poteri divisi*, cit., 29.

⁷ Sobre dichos aspectos y otros conexos, ver C. TACCOLA, *La seconda decisione sulla comitologia e l'obbligo di motivazione*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1588 y sgts., y L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 293, y sgts., espec. 298-300.

representativa, especialmente por la inserción en la “Red” de sujetos también particulares.⁸

Según autorizados observadores, sería precisamente esta apertura representativa, esta connotación “neocorporativista” típica de lo que ha sido definido “interest representation model”, el rasgo más innovador del sistema “coral” de la Administración Europea.⁹

Las ya tradicionales “Agencias” se insertan en esta lógica de red o de *networking* y, en todo caso, de integración estructural entre Sistemas Administrativos comunitario y nacionales, e incluso de apertura participativa eventualmente ampliada a los sujetos particulares.¹⁰

Mas allá de estas importantes y específicas experiencias, puede notarse en general como los organismos mixtos, o compuestos, a los cuales ya se ha hecho referencia están caracterizados por una gran variedad de denominaciones (Grupos, Foros consultivos, Consejos ...), de composiciones (distinguiéndose por ejemplo entre órganos en los cuales los representantes nacionales son simplemente delegados de los Gobiernos y órganos que pertenecen a Autoridades Administrativas internas específicamente competentes por materia) y de “colocaciones” en el Sistema Institucional Europeo (en posición de tendencia de autonomía más bien que en posición de — más o menos acentuada — cercanía o pertenencia a los Aparatos de la Comisión).¹¹

En tercer lugar — y aquí la influencia determinante de la dimensión europeo sobre la Organización Administrativa interna se presenta en términos del todo inmediatos y plenos — son de evocar numerosos casos en los cuales la misma existencia y, en alguna medida, la concreta fisonomía de los Aparatos Nacionales es impuesta explícitamente y determinadas por normas comunitarias.¹²

Un caso particularmente importante, sobre el cual también se ha detenido el Tribunal de Justicia con algunas importantes deliberaciones

⁸ Ver nuevamente C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit.

⁹ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, cit., 35 y sgts.

¹⁰ F. ASTONE, *Riforma della P.A. e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, I, 47 y sgts.; para una determinación casi completa de las actuales Agencias europeas ver C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, cit.; sobre el tema, más ampliamente, A. STEVENS, H. STEVENS, *Brussels Bureaucrats? The administration of the European Union*, NY, 2001; en cambio, en cuanto a la diferente temática de las Autoridades independientes, se reenvía al sucesivo párrafo.

¹¹ V. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, cit.; M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa*, in M.P. CHITI, G. GRECO (cur.), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1997, I, 167 y sgts.

¹² M.P. CHITI (*Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999, 246) pone de manifiesto como en otros casos el Derecho Europeo ha inducido la reforma o la supresión de organismos existentes.

de alcance general, es la Directiva 92/59 CEE sobre la seguridad general de los productos, que imponía a cada Estado miembro la obligación de establecer o nombrar las Autoridades internas que operaban en el sector (sobre este punto se volverá más ampliamente *infra*, en el pár. 4). En la Sentencia 9.8.1994, causa C-359/92, el Juez de Luxemburgo ha reputado legítimo el acto en cuestión, y ha encontrado en el art. 100A (actual artículo 95) una adecuada base jurídica para la adopción de Directivas que obligan a los Estados miembros a establecer Autoridades encargadas de realizar ciertas ejecuciones con relevancia comunitaria, extrayendo de la referencia a las “medidas de revivificación” el poder del Consejo y de la Comisión para prescribir en los Estados determinados módulos organizativos, cuando fuere necesario.¹³

El Reglamento 2262/84/CEE, de manera similar, ha ordenado que cada Estado miembro cree, “de conformidad con el propio Ordenamiento Jurídico, una Agencia específica encargada de algunos controles y acciones en el marco del régimen de ayuda a la producción del aceite de oliva”: en Italia, se ha cumplido con dicha obligación a través la constitución de una “sociedad por acciones con personalidad de derecho público”, la Agecontrol (ver, por su singular calificación, el art. 18, ap. 9, de la ley 887/1994).

La Directiva 97/67/CE, en materia de servicios postales, ha obligado también a los Estados miembros designar “Autoridades nacionales de reglamentación para el sector postal, jurídicamente diferentes y funcionalmente independientes de los Operadores postales”.¹⁴

La regulación comunitaria sobre la protección de la reserva (Directiva 95/46 y Reglamento 45/2001), por su parte, requiere claramente la “plena independencia” de las Autoridades nacionales a las cuales cada uno de los Estados está llamado a encargar la actividad de vigilancia.

Son similares, por último, las prescripciones de la Directiva marco sobre las redes y los servicios de comunicación electrónica (Directiva 21/2002, art. 3).

En todos estos casos (y en algunos otros), así se ha cumplido, el efecto “es el de asegurar a las Autoridades nacionales una doble fuente normativa”, la nacional y la comunitaria. “Derivándose, por la supremacía del Derecho Comunitario sobre el Nacional, una garantía de la Autoridad nacional frente al mismo Legislador nacional”.¹⁵

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Acerca de algunas dudas sobre la correspondencia de dichas prescripciones con las medidas adoptadas por el Gobierno italiano ver D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 243.

¹⁵ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, cit.

Resumiendo, no se puede sino remarcar, por la convergencia de las diversas tendencias señaladas, el recorrido de progresiva articulación pluralista (y al mismo tiempo de creciente vinculación y compenetración en los sistemas nacionales) del Sistema Administrativo europeo; recorrido que en Italia ha encontrado respuesta, como es conocido, en un proceso análogo y paralelo que se ha verificado en los mismos años, de fragmentación (también) administrativa en el plano interno (lo que vale tal vez para explicar además una cierta circulación de formas organizativas, y en especial participativas, particularmente adecuadas a las exigencias de sistemas, cada uno y en el conjunto, multiniveles).

Por otro lado debe darse noticia de un aspecto más general: se puede recordar como las vicisitudes de la integración europea no han dejado en Italia de repercutir en las propias estructuras gubernamentales y ministeriales; por un lado, provocando la constitución de un Ministerio específico (sin cartera), y, por otro, determinando la creación, en aproximadamente las tres cuartas partes de los Ministerios, de dependencias específicas — a veces unitarias y concentradas, a veces deslocalizadas en las diferentes Direcciones Generales — específicamente competentes en las cuestiones comunitarias.¹⁶

La influencia comunitaria sobre la Administración italiana, por otra parte, además de manifestarse en la necesaria creación de estructuras interministeriales, y de la Presidencia del Consejo, con tareas de coordinación entre políticas administrativas nacionales y comunitarias, y en el crecimiento de organismos operantes en el ámbito de las diferentes formas de co-administración, de auxiliariedad y de ejecución, también se ha dejado notar en el régimen del empleo público, especialmente bajo el aspecto de la libertad de acceso.¹⁷

No menos amplias e invasivas han sido por último, en un plano todavía más general, las recaídas directas y las consecuencias indirectas en el

¹⁶ Cfr. S. CASSESE, *Poteri divisi*, cit., 30 y sgts; ahí el A. afirma además que “el diálogo en Bruselas ha producido, en una primera fase, un “desposeimiento” de las dependencias ordinarias de las Administraciones, a favor de los vértices (políticos y administrativos)”, desposeimiento al cual se habría luego puesto remedio en una segunda fase, sobre todo a través la recordada difusión de los Comités de gestión y la conexa participación de las burocracias nacionales en el proceso decisional transnacional.

¹⁷ E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2004, 186 y sgts., el cual recuerda además, y bajo otro aspecto que, “hacia una dirección conforme al espíritu del Derecho Comunitario se sitúan sobre todo las normas de separación entre actividad de determinación de las políticas públicas y actividades de gestión, por un lado y las normas de liberalización de las actividades económicas, por el otro”.

Sistema Administrativo italiano por la afirmación a nivel comunitario (art. 5 Tratado CE) del Principio de subsidiariedad.¹⁸

Dicho principio, como es sabido, ha sido, en efecto, rápidamente “admitido” en el ordenamiento interno; en momentos, con modalidades, y con efectos diferentes.

En un primer momento, se hizo referencia a ello a nivel de Legislación ordinaria, en particular en el art. 4, ap. 3, letra *a*) de la Ley 59/1997 (*Mandato al Gobierno para el otorgamiento de funciones y tareas a las regiones y a los Entes locales, para la reforma de la Administración Pública y para la simplificación administrativa*) — que ha vinculado nuevamente a dicho Principio “la atribución de la generalidad de las tareas y de las funciones administrativas a los Municipios, a las Provincias y a las Comunidades de montaña, según las respectivas dimensiones territoriales, asociativas y organizativas, con la exclusión solamente de las funciones incompatibles con las mismas dimensiones, atribuyendo las responsabilidades públicas también con el fin de favorecer el cumplimiento de funciones y tareas de relevancia social por parte de las familias, asociaciones y comunidades, a la autoridad territorialmente y funcionalmente más cercana a los ciudadanos interesados” — y en el art. 3, ap. 5, del Decreto Legislativo 267/2000 (*Texto único de las leyes sobre el ordenamiento de los Entes locales*), según los cuales “[los] Municipios y las Provincias son titulares de funciones propias y de las otorgadas a los mismos por Ley del Estado y de la Región, según el Principio de subsidiariedad. Los Municipios y las Provincias desempeñan sus funciones también a través las actividades que pueden ser adecuadamente ejercidas por la iniciativa autónoma de los ciudadanos y de sus formaciones sociales”.

En un segundo momento, el Principio en cuestión se ha consagrado a nivel constitucional, en el art. 118, de conformidad con el cual “[l]as funciones Administrativas son atribuidas a los Municipios salvo que, para asegurar su ejercicio unitario, sean otorgadas a Provincias, Ciudades metropolitanas, Regiones y Estado, sobre la base de los Principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación”.

3 Dentro del modelo europeo de Administración en “red” descrito en el párrafo precedente se inserta el muy peculiar supuesto de las Autoridades Administrativas independientes, el nuevo modelo de *governance* que en un gran número de sectores (de la reglamentación de la competencia, al control del sector bancario, a la vigilancia sobre los más variados

servicios públicos, solamente para citar los ejemplos más conocidos e inmediatos) ha conocido una difusión sorprendentemente rápida y transversal en los ordenamientos de los Países europeos. Estamos frente a un caso de circulación de modelos particularmente “afortunado”, dado que el original estadounidense, que hace su aparición en los albores del siglo pasado, con el paso de los decenios se ha radicado de forma transversal en el continente europeo.¹⁹ La peculiaridad que se destacaba *supra* reside, principalmente, en que constituye un ejemplo de influencia de la normativa comunitaria particularmente penetrante, incluso en algunos casos el Derecho Comunitario ha llegado a regular la estructura organizativa y funcional de las Autoridades llamadas a absorber las tareas prefijadas (sobre todo en materia de competencia: es esta la misión preponderante de las *Authorities* que forman parte, precisamente, de la denominada “red” europea), mientras que, por el contrario, ha sido menos fuerte el influjo europeo sobre las Autoridades italianas no dirigidas al control de *economic issues*. Es significativo, a tales efectos, lo que ya se ha dicho (*supra*, par. 2) respecto a la introducción en el Ministerio de las Comunicaciones, de una Autoridad Nacional de reglamentación del sector postal, y a los posibles aspectos de contraste con la Directiva Comunitaria, a la que quizás se debería haber dado cumplimiento a través la introducción de una Autoridad independiente, como confirmación de la menor fuerza penetrante del ordenamiento comunitario en las materias carentes de una inmediata relevancia económica.

La influencia ejercida por el Derecho Administrativo Europeo en el sector específico que estamos analizando no puede, entonces, considerarse unívoco, cambia de grado en las diferentes Autoridades Administrativas presentes en el Ordenamiento italiano y está condicionada, por tanto, por la diferente estructura institucional eventualmente ya diseñada para cada una de ellas, sobre todo, por el sector para cuya vigilancia se les ha nombrado.

En efecto, es sabido, que en Italia del modelo de *governance* representa un fenómeno reciente. Es cierto que la Banca de Italia, Autoridad independiente, sin duda, *sui generis* se constituyó en 1893, la Consob en 1973 y el Isvap en 1982, pero, frente a estos tres ejemplos sobresalientes, se debe

¹⁹ Para los aspectos de Derecho Comparado, ver L. CUOCOLO, G. LEMBECK, *Le autorità di regolazione e controllo dei servizi di interesse generale in Europa: una prospettiva comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, 805 y sgts.

resaltar que la constitución de las otras *Authorities* italianas se sitúa en los años noventa, en una fase de la reciente historia de Italia caracterizada por la búsqueda de sedes de regulación y control desvinculadas del tradicional circuito Parlamento-Gobierno, ya sea por motivos derivados estrictamente al momento político en el cual dicha dinámica se desarrolla (esto es, la grave fase de crisis de legitimidad y confianza atravesada por los tradicionales partidos políticos periodísticamente conocida como “Tangentopoli”), ya sea en una óptica de búsqueda de sedes de decisión capaces de garantizar un alto grado de competencia técnica con referencia al específico sector para el que la Autoridad está nombrada.²⁰

Una peculiaridad del panorama del modelo italiano de *Authorities* — que el Gobierno entendía superar con un proyecto de ley (ddl), nunca aprobado — deriva precisamente del frenesí particular del momento en el cual el Legislador se ocupó de esta materia: en la actualidad se observa la existencia de una pluralidad de fuentes instituyentes, cada una de ellas relativa a una Autoridad específica de su sector, lo que dibuja un panorama de total asistematicidad. La falta de una disciplina constitucional determina la carencia de un substrato normativo común, que permita reducir a la unidad la pluralidad de casos que el ordenamiento recoge. Coexisten, en efecto, bajo el nombre de Autoridades Independientes sujetos que muchas veces difieren entre sí en múltiples aspectos, ya sean sustanciales (bien por la diversidad de las gradaciones de los poderes normativos, ejecutivos y sancionadores del cual están dotados), ya sean formales (como la independencia respecto al poder político o económico, entendiéndose que esta referencia se refiere a las diferentes modalidades de elección o nombramiento de los componentes, a los distintos regímenes de incompatibilidad, así como a la autonomía financiera y contable; pero, sobre todo, a la independencia frente a los eventuales poderes de dirección por parte de los Ministros). Destaca, no obstante, sobre todo, la gran diversidad que existe en los poderes de los que están dotadas, en ocasiones alcanzan hasta facultades normativas; mientras que en otros se ciñen a actividades de mera *adjudication*, que se manifiestan en Resoluciones, sobre todo de autorización, destinados a cada uno de los destinatarios, flanqueando, en efecto, actos propiamente de *rule-making*, generales y abstractos, que no han suscitados pocas dudas en cuanto a su coherencia con la atribución constitucional de

²⁰ Sobre este punto en general, ver G. MORBIDELLI, *Le autorità indipendenti: introduzione ad una lettura comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 1052 y sgts.

la potestad normativa primaria a sujetos predeterminados entre los cuales no figuran ciertamente las AA. II., carentes, entre otras cosas, también de legitimidad democrática.

Puede, de esta forma, observarse como, en las diferentes Leyes constitutivas de las diversas AA.II., las soluciones adoptadas por el Legislador varían sensiblemente, ya sea en el aspecto organizativo, ya sea en el funcional. En general, en cuanto a las funciones atribuidas, se puede observar como a algunas Autoridades se les encarga la salvaguardia de determinados intereses generales constitucionalmente protegidos (Consob, Banco de Italia, AGCM); otras, en cambio, se limitan a desarrollar las competencias técnico-administrativas que le son atribuidas por la Ley (Agencia para la informática en la Administración pública, Agencia nacional para la protección de medioambiente).

Esta premisa, de carácter general pero necesariamente sintética y sumaria, lleva a concluir que son dos, sustancialmente, los aspectos de referencia del derecho europeo sobre el tema que analizamos. Uno, de carácter más sistemático, reside en la posibilidad de que precisamente el ordenamiento comunitario colme esa carencia de revestimiento constitucional al que nos hemos referido; el otro, de carácter más sectorial y “técnico”, se sustancia en la convergencia de los aspectos estructurales hacia los cuales algunas de las *Authorities* de los diferentes ordenamientos nacionales europeos se están moviendo. Antes incluso de entrar en el análisis específico de cada uno de estos aspectos, ya se puede adelantar que la segunda idea se mostrará más fundada de la primera.

Desde algunos aspectos se podría sostener que el Derecho Comunitario constituye precisamente el fundamento de legitimación de los poderes de las Autoridades Independientes que falta en el ordenamiento italiano. Es sabido que el aparato jurídico del cual se sirven las Administraciones internas se origina, además de las atribuciones provenientes del derecho nacional, también de los otorgamientos de competencia provenientes del Derecho Europeo. Dicho fenómeno asume un mayor relieve cuando dichas atribuciones las lleva a cabo una Disposición comunitaria auto-aplicativa: en dichos casos la ingerencia operada por el Derecho Comunitario respecto a las prerrogativas de los ordenamientos administrativos nacionales resulta más evidente. En tales supuestos se coloca a las Administraciones nacionales al servicio de los objetivos comunitarios, siendo necesario que el ordenamiento europeo pueda asignarles los

instrumentos de acción considerados indispensables a dicho fin, prescindiendo también de la colaboración de los Legisladores nacionales.

Los poderes normativos de las AA. II. serían, entonces, legitimados por normas de producción comunitaria. En efecto, muchas Autoridades Independientes han encontrado origen en el Derecho Comunitario, que las ha modulado e impuesto a los Derechos nacionales (piénsese en el sector de la *privacy*, de las comunicaciones, de la competencia); además, en otros casos, a pesar de haber sido creados por el Legislador Nacional, el Derecho Comunitario derivado les ha atribuido poderes mas consistentes por (es el caso del Isvap y de la Consob).

Además, otros autores²¹ han sostenido que las diferentes Autoridades nacionales harían parte de un sistema de red, en cuyo centro se situaría una Autoridad comunitaria propulsora y de coordinación. Sea cual fuere la posición teórica que se pretenda avalar, no puede dejar de reconocerse, en todo caso, que el Derecho Comunitario ha dado un fuerte impulso al desarrollo de las Autoridades, transformándolas prácticamente en la *longa manus* del Derecho Europeo en los Derechos nacionales.

Sin embargo, una construcción de este tipo, que permitiría colmar el *déficit* de legitimación que sufren las Autoridades Independientes italianas, no parece acogido por la reciente Jurisprudencia. También los TAR (Lombardia, Sentencia 4 de abril 2002, n. 5130), en efecto, han negado que los objetivos de interés publico fijados por el Legislador comunitario sean por si mismos idóneos para hacer surgir potestades administrativas innominadas otorgadas a la Administración nacional encargadas de darles satisfacción. Resulta insuficiente el recurso a la categoría de los poderes implícitos para satisfacer la exigencia de cualquier legitimación del ejercicio de poderes normativos provenientes del ordenamiento interno, también en el caso en que la normativa que asigna a la Autoridad Pública la función a realizar sea de origen comunitaria. De esta forma, el principio de legalidad resulta preponderante sobre las exigencias funcionales del Derecho Comunitario, si estas no se hayan traducido en normas expresa de atribución de otras tantas explícitas potestades unilaterales.

Todavía, según otros Autores,²² resulta cierto que existen normas comunitarias sobre la producción jurídica interna que intervienen en los

²¹ Cfr. *ex multis* P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, 2003, 149.

²² F. MERUSI, *Le autorità indipendenti fra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, in ID. (cur.), *Le leggi dal mercato. Innovazione comunitaria e autarchia comunitaria*, Bologna, il Mulino, 2002.

sistemas de fuentes de los Estados miembros, flanqueando al Legislador nacional centros de elaboración normativa independientes del mismo. A esto se agrega la objeción, que objetivamente aparece insuperable desde el punto de vista teórico, sobre la preponderancia, frente al Derecho Comunitario, de todas las Disposiciones internas de cada ordenamiento que conciernen al reparto de los poderes clásicos entre los diferentes órganos del Estado (y que por el mismo Estado vienen identificados) y de todas las Disposiciones que deben considerarse expresivas de un principio fundamental, cual es, con toda evidencia, el Principio de representatividad democrática.

Si, por tanto, la influencia del Derecho Comunitario no resulta suficientemente para constituir el elemento fundador del mismo instituto de las AA.II., esto no ha sido óbice para que en el transcurso de los años no haya dejado de modelarlo profundamente.

Nos corresponde destacar, entonces, el segundo aspecto, de carácter más técnico al que nos referíamos: estamos aludiendo, evidentemente, al tema de la “red” europea ya mencionada en la apertura del parágrafo. Fuente constitutiva es el Reglamento 1/2003 que, aplicando las normas sobre los ilícitos de competencia *ex* art. 81-82 TCE constituye, precisamente, la “red”, integrada por la Comisión y por las Autoridades nacionales de vigilancia sobre la competencia, creando de este modo un “sistema de actuación compuesto, en parte comunitario y en parte nacional”.²³ El Reglamento prevé, entonces, una mayor implicación de las Autoridades nacionales en la aplicación (que viene definida como un poder-deber) de los art. 81-82, en una óptica de contraste a las posiciones dominantes que puedan eventualmente comprometer el comercio entre Estados miembros; bajo esta óptica, la “red” consiste en una “relación vertical dual entre la Comisión y cada una de las Autoridades nacionales de competencia”,²⁴ así como de un tupido retículo de relaciones horizontales, en un marco de leal colaboración entre las diferentes Autoridades nacionales y, por último, en un momento consultivo, cuyo contexto institucional es el del Comité consultor. El influjo del Reglamento citado sobre las Autoridades nacionales, por tanto, también sobre las italianas, es totalmente evidente, ya que condiciona, por un lado, los poderes atribuidos (en particular, el art. 5 del Reglamento, que dispone que cada Autoridad deba poseer determinadas

²³ M. D'ALBERTI, *La “rete” europea delle autorità di concorrenza*, 2006, in <www.learlab.it>.

²⁴ *Ibidem*.

facultades en orden a la aplicación de sanciones y medidas cautelares) y, por otro, el status de las Autoridades, que deben necesariamente estar investidas de determinados requisitos de imparcialidad e independencia.

Mas allá de lo dicho hasta el momento, debe aportarse otro ejemplo, tal vez todavía más evidente, de regulación europea al que todos los ordenamientos nacionales se han uniformado: el de los Bancos centrales. Es de todos conocido, efectivamente, la profunda remodelación que han soportado en los últimos años los Bancos centrales de los Países de la Unión. La Unión monetaria y los rígidos vínculos creados por el Pacto de estabilidad y crecimiento han atraído hacia arriba las competencias que otrora se ejercían con plena autonomía por los Bancos centrales de cada País, y se ha otorgado, en consecuencia, la determinación de la política económica a un organismo comunitario, el Banco central europeo (que a su vez puede considerarse prototipo de las *Authorites* europeas), consolidándose el Sistema europeo de Bancos centrales. De aquí se deriva una pérdida considerable de autonomía para el Banco central italiano (así como para las de los demás Países miembros, obviamente), de los poderes de intervención sobre la política macroeconómica que tradicionalmente le habían correspondido: el ejemplo más vistoso, en este sentido, es el vínculo ahora impuesto a la determinación de las tasas de devaluación y convertibilidad, rígidamente prefijados, en cambio, por los criterios de Maastricht. La *deminutio* de la autonomía del Banco de Italia, que ha pasado de Autoridad con amplios poderes de decisión a sujeto ejecutor de las políticas monetarias establecidas a nivel europeo, ha sido, en efecto, de tal entidad que permite sostener a la autorizada Doctrina de que, en cuanto Autoridad independiente *stricto sensu*, el Banco de Italia ya no existe.²⁵

Sin embargo, a efectos del análisis que aquí se viene desarrollando, la transformación del Banco de Italia según los *desiderata* comunitarios constituye un tema más complejo de lo que parece a primera vista. Es necesario considerar, en efecto, como, antes de la constitución del SEBC, los diferentes Bancos centrales nacionales dibujaban un panorama extremadamente fragmentado y variado tanto en lo atinente a sus competencias, como a los poderes que cada uno de los órganos nacionales tenían atribuidos. El Banco de Italia, en particular, constituía el único ejemplo europeo de Banco central que cumplía tanto las tareas de vigilancia sobre el

²⁵ F. MERUSI, *Le autorità indipendenti fra riformismo nazionale e autarchia comunitaria*, cit.

sistema bancario (en concierto con un comité ministerial), como las funciones de vigilancia *antitrust* sobre el mismo sector bancario. Cabe evidenciar que una reciente reforma legislativa ha derogado las competencias antitrust del Banco nacional, encomendándoles al AGCM.

La transformación contemporánea de todos los Bancos centrales europeos, también desde el punto de vista comparativo, ofrece interesantes elementos de reflexión sobre las modalidades y las diversas gradaciones de penetración del ordenamiento comunitario, también en el caso en que éste explícitamente, como ha sucedido en el presente caso, pretenda remodelar cualquier rama de los ordenamientos internos: el Banco central alemán, que también compartía con la análoga institución italiana la peculiaridad de la doble función, ha continuado solo transitoriamente ejerciendo funciones *antitrust*.

Todavía más que en otros sectores del Derecho Administrativo, los efectos del derecho europeo se producen en la regulación de las Autoridades Independientes con una capacidad incisiva que llega también a tocar en más de un aspecto del sector la normativa de detalle que lo rige. Incluso cuando no se ha recurrido al instrumento del reglamento para delinear una regulación uniforme para todo el territorio de la Unión, la influencia europea se mantiene muy fuerte, aunque menos visible.

En la óptica de la influencia del Derecho Europeo sobre las estructuras organizativas internas, el sector de las Autoridades Independientes se encuentra, entonces, involucrado con mayor fuerza cuanto más económicamente sensible es el sector cuya reglamentación, o vigilancia, queda bajo la competencia de una *Authority*.

Se puede, en consecuencia, sostener que las Autoridades administrativas independientes representen el ejemplo más significativo de influencia (de proporciones tan importantes de poder pensar en una modulación efectiva) del Derecho Administrativo Europeo sobre el interno, bajo el específico aspecto de las estructuras organizativas. Esto no debe, por otro lado, sorprender al interprete; es más, se trata de un punto de llegada perfectamente coherente con el devenir de la relación entre el Derecho Administrativo Comunitario y las normativas nacionales. Ya se ha dicho que el Derecho Europeo nace sustancialmente “manco” del brazo del Administrador; se ha visto, también, cuales sean los efectos que ha podido, en todo caso, surtir sobre la organización italiana y sobre los aparatos de la misma. Los resultados de dicha penetración, sin embargo, vienen

fisiológicamente aplacados por una estructura interna que se ha radicado en el tiempo y sostenido por una regulación jurídica “fuerte”; se ha hecho patente, en efecto, que los ejemplos de mayor fuerza vinculante de la influencia comunitaria sobre la organización administrativa interna residen no tanto en la sustitución de los modelos ya existentes, sino en favorecer el nacimiento de los nuevos modelos que se han puesto de manifiesto. Precisamente con las Autoridades Independientes este proceso alcanza su punto culminante. Con mayor razón en la experiencia italiana, donde los modelos son recientes y carentes de un revestimiento constitucional que constituya algún límite formal a las modificaciones del mismo.

El Legislador europeo, en su propia búsqueda de modelos nuevos y alternativos de *governance*, con una fuerte influencia ejercida sobre las Autoridades Independientes marca, indudablemente, un punto a su propio favor; queda aún por ver, sin embargo, como van a afectar los desarrollos ulteriores a la localización de los actuales poderes estatales, que tienen que hacer frente a este proceso ya muy avanzado y probablemente irreversible.

4 Una vez analizada la influencia del Derecho Comunitario sobre la organización administrativa interna, con particular atención al fenómeno de las Autoridades administrativas independientes, nos podemos detener sobre el modo de operar de las Administraciones italianas y comunitarias, para identificar los recíprocos intercambios e influencias. En efecto, si por un lado la regulación del Procedimiento administrativo nacional se ha enriquecido con el aporte de los principios del ordenamiento comunitario, formalmente admitidos en el Nuevo texto del art. 1 de la Ley 241/1990, como ha sido modificado por la Ley 15/2005, por el otro, son siempre menos los casos en los cuales un procedimiento administrativo se desenvuelve completamente a nivel nacional, por la existencia de las diferentes formas de conexión e integración entre las fases procesales nacionales y comunitarias, que actúan en diferentes modos y formas.

Bajo el primer punto de vista, la novedad aportada por el art. 1 de la Ley 241/1990 parece permitir una confirmación “formal” del ingreso en nuestro ordenamiento, como criterios de fondo de la acción administrativa, de algunos principios elaborados en sede comunitaria por el Tribunal de Justicia (proporcionalidad, tutela de la confianza, contradictorio, precaución, solamente por citar algunos de los mas significativos), delineando un modelo de actividad administrativa más avanzado que el configurado por nuestra Carta Constitucional. En efecto, el contenido normativo de

dichos principios sirve para enriquecer el parámetro de legalidad de la acción administrativa de “contenidos de sentido de valor”, que constituyen “desarrollo de otros principios constitucionales sobre la administración, aquellos de imparcialidad y de buen desempeño”.²⁶

Si, por un lado, el evocar los principios del ordenamiento comunitario puede parecer previsible, dado que las normas del Derecho Comunitario son directamente aplicables y prevalecen sobre las internas en todos los ordenamientos estatales, por otro, el proclamado sometimiento de la acción administrativa nacional a los principios comunitarios produce el efecto de “europeizar” toda la materia administrativa, incluso más allá de las materias de competencia comunitaria.²⁷ Esto representa un importante paso hacia delante en la vía de la integración administrativa respecto a los precedentes textos legislativos, en los que la evocación estaba circunscrita a los principios del Derecho Comunitario que presidían un determinado sector (ver por ejemplo, la Ley 287/1990 sobre la tutela de la competencia, la Ley 239/2004 sobre la reordenación del sistema eléctrico nacional). Se revela, además, como la genérica referencia a los principios del ordenamiento comunitario, sin un listado taxativo de los mismos, pueda ser interpretado como un índice de la intención del Legislador, consciente de la fluidez de su elaboración, de introducir un tipo de cláusula de apertura hacia futuros desarrollos que la fuente comunitaria sea capaz de producir.²⁸

Partiendo de estos presupuestos, se hace evidente que la admisión de los principios comunitarios en el sistema administrativo nacional exige una adaptación, que adecue los criterios elaborados en sede comunitaria a las peculiaridades de nuestro ordenamiento interno. No parece, en efecto, adecuado, ni, por muchos aspectos, de buen auspicio, un “transplante” mecánico de principios desarrollados a nivel supranacional a un contexto que es por naturaleza diverso. En el ámbito comunitario, en efecto, los principios generales han sido elaborados por el Tribunal de Justicia que, extrayéndolos de los principios y tradiciones jurídicas comunes de los Países miembros, ha visto en ellos el mejor sistema para asegurar la circulación de modelos propios de ordenamientos diferentes y regular las relaciones entre Derecho Comunitario y Derechos nacionales.

²⁶ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 y sgts.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

Por ejemplo, el principio de proporcionalidad, nucleado por la jurisprudencia comunitaria (a partir de el Tribunal de Justicia, 29.11.1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique*, pero sobre todo por el Tribunal de Justicia, 17.12.1970, C-11/70, *Internazionale Handelgesellschaft*) y hecho positivo antes por el art. 5 TUE y posteriormente en el art. I-11 del Tratado de adopción de la Constitución europea, se refiere, en el ámbito del ordenamiento comunitario, a la específica problemática de la relación entre la acción de la Comunidad europea y la de los Estados miembros. En particular, dicho principio desempeña la función, por un lado, de delimitar la intervención de la Comunidad solo en las hipótesis en las que exista una necesidad de garantizar el logro de los objetivos definidos en el Tratado (límite ulterior respecto al principio de subsidiariedad), y por el otro, de evaluar la legitimidad de las medidas nacionales que restringen la libre circulación de las mercaderías y de servicios. En ambos casos, el fin último de su acción es la tutela de los ciudadanos ante interferencias que excedan del mínimo necesario para permitir la obtención del interés público, imponiendo, entre las diversas alternativas posibles, la menos desfavorable al ciudadano.²⁹

El mismo principio, transferido en sede nacional, no podrá dejar de adquirir un valor, cuanto menos, parcialmente diferente: así, si desde hace tiempo se verifica en nuestro Derecho administrativo la utilización de razonamientos análogos en el juicio de razonabilidad con el fin de reconstruir la figura sintomática del exceso de poder,³⁰ solo recientemente se encuentra una aplicación jurisprudencial explícita del principio de proporcionalidad, aplicado en un plano completamente nacional. Sin embargo, el modo en el cual nuestro Juez Administrativo lo ha aplicado (por ejemplo, Consejo de Estado, Sent. n. 1441/2004 y 3850/2003) muestra un alejamiento de perspectiva, por la exigencia de no limitar más allá de cuanto es estrictamente necesario la libertad de los ciudadanos, atendiendo a la idoneidad de la medida para realizar efectivamente el interés público.³¹

Así, en la adaptación de este principio de proporcionalidad al Derecho interno, se puede extraer una lectura focalizada en mayor medida sobre la reconstrucción del *modus operandi* de la Administración Pública,

²⁹ G. DELLA CANANEÀ, *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2006.

³⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998.

³¹ V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in *Astrid Rassegna Online*, 2005, 4 y sgts.

en términos de adecuación de la acción administrativa al logro de las finalidades públicas (buscando entonces evitar, por un lado, medidas desproporcionadas que, por ser demasiado “débiles”, puedan resultar insuficientes; por otro que medidas desproporcionadas, por ser demasiado “fuertes”, puedan resultar excesivas).

Igualmente será también delicada la tarea de introducir y adaptar al Derecho interno el principio del legítimo encargo, que, a nivel comunitario, si bien no formalizado en los Tratados, ha sido aplicado por el Tribunal de Justicia desde la Sentencia *Algera* (Causas reunidas 12.7.1957, C-7/56, C-3/57 hasta C-7/57, *Dineke Algera c. Asamblea CECA*). La aplicación de este principio requiere que sea reconstruido con atención el punto de equilibrio entre la necesidad de dejar a salvo las consecuencias de una Resolución administrativa, aunque sea ilegal, para la protección de la posición de terceros que hubiesen legítimamente confiado en la concreción de dichas consecuencias, y las exigencias imprescindibles de tutela de la legalidad de la acción administrativa, que impondrían la anulación, en todo caso y de cualquier manera, también en auto-tutela, de una Disposición reconocida ilegal,³² y que es necesario salvaguardar el encargo de los sujetos particulares que han consolidado las posiciones de ventaja.³³ Dicha orientación habría sido ulteriormente confirmada por la introducción del art. 21-*nonies* sobre la anulación de oficio de las Resoluciones ilegítimas, según el cual, el poder de auto-tutela de la Administración Pública puede ejercerse exclusivamente por razones de interés público, dentro de un plazo razonable y teniendo en cuenta los intereses de los destinatarios y de los interesados contrapuestos.³⁴ Sin embargo, la relación entre la noción interna y la comunitaria de legítimo encargo presenta diversos aspectos problemáticos: piénsese, en particular, en la introducción del art. 21-*quinquies*, de conformidad con el cual la Administración Pública puede revocar Resoluciones administrativas ya sea por motivos sobrevenidos de interés público,

³² Corte de Justicia, 22.3.1961, Causas reunidas C-42 e 49/1959, *S.N.U.P.A.T. c. Alta Autorità CECA*. En cuanto al modo de utilización en el Derecho interno de este principio, que en el ordenamiento comunitario ha logrado un desarrollo bastante avanzado en sentido garantista, resulta evidente que la Jurisprudencia italiana precedente a la Reforma ha admitido generalmente la tutela del encargo que resulta de las Resoluciones. En particular, con referencia a la legitimidad de la anulación de oficio de los actos ilegales, ante la ausencia de una regulación legislativa específica, la Jurisprudencia ha afirmado que no puede fundarse en la mera exigencia de restablecimiento de la legalidad, sino que debe dejar constancia, en la motivación, de la existencia de un interés público, concreto y actual, para la remoción del acto (ver, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sentencia n. 1150/2003).

³³ Ver *ex multis*, Consiglio di Stato, Sentencia n. 5444/2003.

³⁴ Ver Consiglio di Stato, Sentencia n. 564/2006 y n. 846/2006.

ya sea en caso de cambio de la situación de hecho, ya sea igualmente en razón de una nueva evaluación del interés público originario: por lo tanto, en un amplio número de casos, que comprendan hipótesis de ilegalidad originaria o sobrevenida.³⁵ Esta regulación puede resultar contraria al Principio de legítimo encargo.

Piénsese, entonces, en el Principio del derecho a la defensa en el ámbito del Procedimiento Administrativo, presente en la Jurisprudencia comunitaria desde los primeros años sesenta, y que se ha convertido en el principio fundamental del ordenamiento con la Sentencia del Tribunal de Justicia 23.10.1974, C-17/74, *Transocean Marine Paint Association*, en la cual se afirma expresamente que, en caso que las Resoluciones de la Autoridad Pública lesionen sensiblemente los intereses de los destinatarios, estos deben estar en disposición de poder presentar tempestivamente sus propias defensas. Dicho principio, en el ordenamiento nacional, ha adquirido nuevas connotaciones: en efecto, si en el ámbito comunitario este venía entendido dentro de la más estricta acepción del derecho a la defensa, en el plano interno hace referencia más bien a la adecuada instrucción y evaluación de los intereses adquiridos,³⁶ como la Jurisprudencia ha reconocido.³⁷ Por tanto, dicho principio ha evolucionado de un significado puramente defensivo hacia una connotación más de colaboración, que valora la participación de los interesados con el fin de favorecer la democraticidad de las Decisiones, en un contexto en el cual “la adecuación de la instrucción se evalúa antes de todo en la medida por la cual los destinatarios están colocados en la condición de contradecir”.³⁸ En este significado, el Principio de la defensa se ha sido revalorizado con la novedad del 2005, que ha introducido el art. 10-*bis* relativo a la obligación de la Administración de comunicar previamente al interesado los motivos que obstaculizan la admisión de la instancia, con el fin de permitirle intervenir aportando ulteriores elementos a la instrucción.

Se debe añadir a lo dicho que, esta proclamación del sometimiento a los principios elaborados en sede comunitaria, aparte de generar el ingreso en nuestro sistema de principios hasta ahora no formalizados en ninguna ley nacional y, como máximo, prefigurados por la doctrina y la

³⁵ Ver Tar Puglia, Sentencia n. 5236/2005 y Tar Emilia Romagna, Sentencia n. 744/2006.

³⁶ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit.

³⁷ Se mencionan, entre los pronunciamientos más recientes, Consiglio di Stato, Ad. Plen., Sentencia n. 14/1999 y Sentencias n. 1617/2004 y 5546/2004.

³⁸ Así, Consiglio di Stato, Sentencia n. 14/1999, citada.

jurisprudencia, determina, además, una necesaria reconsideración de algunos principios ya presentes en nuestro ordenamiento nacional.

Se está pensando, por ejemplo, en el Principio de precaución, mencionado, como consecuencia de las modificaciones introducidas por el Tratado de Maastricht, en el art. 174 TCE relativo a la tutela del medioambiente, y cuyo valor como “principio general del derecho comunitario”, aplicable también en diversos sectores desde el medioambiental, ha sido reconocido a nivel jurisprudencial a partir de la Sentencia del Tribunal de primera instancia, 26.11.2002, causa T-74/00, *Artegodan GmbH e altri c. Commissione*. Dicho principio, que se había introducido en nuestro ordenamiento únicamente en algunos ámbitos sectoriales (ver por ejemplo, la Ley 36/2001 sobre la prevención de la contaminación electromagnética, o el Decreto Ley 224/2003 de admisión de la Directiva 2001/18/CE relativa a la introducción de organismos genéticamente modificados), podría ahora asumir, en virtud de dicha cláusula de reenvío a los Principios comunitarios, colocada en una norma de principio, un carácter general, imponiendo a la Jurisprudencia delicadas operaciones de reconstrucción hermenéutica. El Principio de precaución había ya encontrado, en efecto, una limitada aplicación por parte del Juez Administrativo nacional, que sin embargo ha revelado incertidumbres y deformidades interpretativas³⁹ entre aquellos Jueces que consideran que, ante la presencia de incertidumbre científica, la balanza se mueva a favor de las exigencias de tutela de la salud y del medioambiente en perjuicio de los intereses económicos (así Tar Veneto, Sentencia n. 396/2004) y aquellos que, en cambio, consideran que, por efecto de la vinculación con otros principios, el resultado de dicha ponderación quede sustancialmente abierto y se defina caso por caso (así Tar Toscana, Sentencia n. 1266/2001).

Puede verse, entonces, que el modelo de Procedimiento Administrativo nacional ha experimentado una creciente influencia por parte de los principios del ordenamiento comunitario. No es éste, sin embargo, el único modo en el que el Derecho Administrativo Europeo “penetra” en el ordenamiento interno, en cuanto se puede observar la existencia de una gran variedad de tipologías de vinculación entre Procedimientos Administrativos Nacionales y Comunitarios, con los que el proceso de recíproca integración alcanza, tal vez, su máximo nivel.

³⁹ A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*, cit.

Si en el pasado se distinguía únicamente entre ejecución directa o indirecta de las normas comunitarias, con referencia, en el primer caso, a la atribución de la relativa tarea en un caso a la Comisión (esto sucedía en hipótesis excepcionales como, por ejemplo, para la ejecución del presupuesto, *ex art. 274 TCE*, o en materia de competencia o de relaciones de trabajo del personal comunitario), y en el otro, a los poderes públicos de los Países miembros, en tiempos recientes esta configuración de la actividad administrativa se ha separado notablemente del modelo inicial. Prescindiendo de los innumerables casos en los que las reglas secundarias son elaboradas por la Comisión con el sistema de la “comitología” ya tratado,⁴⁰ cada vez con mayor frecuencia los intereses comunitarios son satisfechos mediante fases de actividades en las que participan tanto la Administración Comunitaria, como la Nacional: en dichos casos se habla de procedimientos “mixtos” o “compuestos”, que son significativos, sobre todo, en la medida en la que representan un modelo de nueva Administración caracterizada por la interacción entre los poderes públicos.

En la Doctrina, estos diferentes modos de vinculación han sido reconducidos a algunas formas típicas: una primera distinción se encuentra entre los procedimientos denominados *top-down* y los denominados *bottom-up*, según concluyan con actos de las autoridades nacionales o con actos de las instituciones europeas.⁴¹ Por ejemplo, pertenecen a la primera categoría el procedimiento dirigido a la asignación de la marca de calidad ecológica *ecolabel*, prevista por el Reglamento 1980/2000/CE, mientras un ejemplo del segundo tipo está representado por los procedimientos dirigidos al registro de las Indicaciones Geográficas y de las Denominaciones de Origen de los productos agrícolas y alimentarios (Reglamento 2081/1992/CE, modificado por el Reglamento 535/1997/CE).

Una intento de clasificación más complejo, persistiendo la imposibilidad, al menos en la actual situación, de reducir a modelos definidos el desigual panorama de los procedimientos administrativos comunitarios, es el que distingue entre “co-administración”, “integración descentrada” y “concierto reglamentario europeo”.

Con el término de “co-administración”, retomado también por la Jurisprudencia (ver *Tar Campania 2919/2004*), se indica la situación en la que una función comunitaria se distribuye entre la Administración supranacional

⁴⁰ Ver *supra*, pár. 2.

⁴¹ Ver G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit.

y las Administraciones nacionales, a las que viene formalmente atribuida la tarea de conducir una determinada actividad indispensable para el desenvolvimiento de la función: por tanto, el elemento característico de este sistema es la co-titularidad de la competencia entre la Administración Comunitaria y las internas, y no el mero ejercicio de la función por parte de las Administraciones Nacionales. Como caso paradigmático de co-administración, se puede citar el procedimiento para la introducción en el comercio de organismos genéticamente modificados de conformidad con la Directiva 2001/18/CE, procedimiento que, en efecto, implica la atribución de la titularidad de las funciones implicadas a sujetos diversos, depositarios de exigencias y conocimientos diferentes, que actúan en estrecha conexión entre los mismos, hasta influenciarse recíprocamente.⁴²

Al lado de estos supuestos, se sitúan los de la “integración descentrada” y del “concierto reglamentario europeo”, y el modelo, todavía en curso de consolidación, de la construcción de redes transnacionales de Autoridades independientes, todos encuentran como elemento común la naturaleza comunitaria de la regulación de la distribución de las competencias entre las diferentes Administraciones comunitarias y nacionales, así como la necesaria concurrencia de la intervención de todas para la satisfacción del interés determinado por la norma.⁴³ Los elementos diferenciales de los modelos consisten en características peculiares, representados, en el caso de la “integración descentrada”, por la constitución de un Ente supranacional, como la Agencia o la Autoridad europea, que limita las funciones de administración activa de la Comisión: como ejemplo de este sistema se cita el Reglamento 726/2004/CE relativo a los procedimientos para la autorización a la introducción en el comercio de medicamentos y que constituye la Agencia europea de medicamentos. En cuanto al “concierto reglamentario europeo”, la característica distintiva se sitúa en el aparato organizativo, constituido tanto por Autoridades nacionales como por Autoridades comunitarias en un plano en tendencia paritario: un ejemplo nos lo proporciona la Directiva 2002/21/CE relativa a las redes y servicios de comunicación electrónica, que prevé el involucrar, por un lado las Autoridades nacionales de reglamentación, y por el otro, para conjurar el

⁴² O. PORCHIA, *La coamministrazione nell'ordinamento comunitario: il caso degli OGM*, in R. FERRARA, I.M. MARINO (cur.), *Gli organismi geneticamente modificati: sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, CEDAM, 2003.

⁴³ E. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI (cur.), *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2005.

riesgo de una excesiva parcelización, de un órgano mixto constituido en la Comunidad, y compuesto por representantes nacionales y comunitarios. En este caso, además, se realiza una conformación solamente parcial de los modos de actuar de las Administraciones internas, en cuanto las obligaciones procesales impuestas a las Autoridades de regulación del Derecho Comunitario pueden ser especificadas por el Derecho interno, realizando de este modo una “penetración del Derecho Administrativo Europeo en el ordenamiento interno incompleto”.⁴⁴

En cuanto al nuevo modelo, que se sostiene en un sistema de redes transnacionales de Autoridades independientes, está caracterizado, como se ha visto *supra*, por la institución de una Autoridad comunitaria y por la previsión de formas de coordinación entre ésta y sus homólogos nacionales. Se piensa, por ejemplo, en el sector alimentario, en el cual, la Directiva 92/50/CEE ha impuesto a cada Estado miembro la obligación de constituir o nombrar una Autoridad interna encargada de controlar la conformidad de los productos, con la obligación de no introducir en el mercado aquellos que no fuesen seguros, y, sucesivamente, el Reglamento 178/2002/CE ha constituido la Agencia europea para la salvaguardia alimenticia (EFSA), prescribiendo además la presencia de Autoridades nacionales con funciones homologas. Puede mencionarse también, el Reglamento 1829/2003/CE, que constituye procedimientos comunitarios para la autorización y la vigilancia de los alimentos y pienso genéticamente modificados, que cuentan con la participación del EFSA para la evaluación del riesgo.

El conjunto de estos apenas esbozados procedimientos compuestos tiende a poner en crisis el Principio estatal de autonomía procesal, que todavía resistía en el caso de mero descentramiento de funciones, en cuanto a los Estados miembros les queda hoy la posibilidad de regular los procedimientos desempeñados por las Administraciones nacionales solamente ante la falta de una Reglamentación comunitaria de la materia (así también el Tribunal de Justicia, 21.1.1999, C-120/97, *Upjohn Ltd. C. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968*); por tanto, vista la intervención cada vez más frecuente e invasora de la Unión, parece esencial llegar a procedimientos comunitarios y nacionales que compartan al menos los principios de fondo, como garantía de la posición subjetiva de los particulares y de su confianza en la utilización de un lenguaje administrativo armonizado.

⁴⁴ Ver G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit.

5 Para finalizar este breve examen de estos tres casos específicos sustanciales, en los que se dejan notar los signos de una influencia, a veces poco evidente, sin embargo muy sensible, del Derecho Europeo sobre las correspondientes disciplinas italianas, parece adecuado dedicar una última reflexión al aspecto del Derecho Procesal.

Una reflexión en torno a la influencia del Derecho Europeo sobre el control jurisdiccional administrativo merece una breve, pero necesaria, premisa. El de la Justicia Administrativa es un campo en el cual, a diferencia de otros, el ordenamiento comunitario no ha comenzado ni un acercamiento, ni una armonización de las diferentes Legislaciones nacionales.⁴⁵

Confirman la afirmación anterior las diferencias, muchas veces densas, que se dejan notar entre los distintos ordenamientos nacionales de los Países miembros. Basta con hacer notar que ni siquiera el Principio de especialidad de la jurisdicción administrativa, bastante difundido entre los Países europeos, no está vigente, sin embargo, en todos ellos. En el Reino Unido no está previsto un Juez *ad hoc*, si bien es competente por materia un específica sección de la *High Court*, es decir un Juez ordinario, y, en Europa continental, la misma excepción vale también para Bélgica.⁴⁶

El Legislador italiano ha optado por un modelo de jurisdicciones separadas, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Comunitario, donde el Tribunal de Justicia y, desde el momento de su constitución, el Tribunal de primera instancia están dotados de una competencia general.

Sin embargo, esta profunda fractura aparece matizada incluso en su propio presupuesto fundamental por la existencia de algunos elementos que, mas allá de las diferencias formales, sitúan ambos modelos procesales en una órbita no tan lejana. En este sentido, merece la pena referirse a las situaciones que pueden ser accionadas en juicio en cada uno de los dos ordenamientos. Mientras el Derecho Procesal Comunitario diferencia una utilidad plena y una utilidad condicionada, la normativa italiana distingue los derechos subjetivos de los intereses legítimos. A pesar de ello, la doctrina italiana⁴⁷ no ha dejado de subrayar que esta diferente terminología

⁴⁵ M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. II, Milano, Giuffrè, 2003, 2. ed.

⁴⁶ Sobre los aspectos de Derecho comparado relativos a la Justicia Administrativa, v. G.F. FERRARI, *Giustizia amministrativa in diritto comparato*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, IV ed., vol. VI, Torino, UTET, 1991, 567 y sgts.

⁴⁷ R. VILLATA, *L'incidenza dell'ordinamento comunitario nelle trasformazioni della giustizia amministrativa*, in D. CORLETTI, G. SALA, G. SCIULLO (cur.), *La giustizia amministrativa in trasformazione*, Padova, CEDAM, 2006.

aparece contrarrestada por una sustancial correspondencia de las respectivas categorías. Dicha analogía de conceptos se encuentra también por el mismo Autor en otras categorías procesales: desde los vicios de legitimidad, o el mismo modo de accionar en ambos modelos, a la previsión de instrumentos procesales sustancialmente análogos, también si han sido fijado categorías diferentes, del recurso por anulación a la acción por inactividad. El hecho que el Legislador italiano y el comunitario hayan asumido diferentes opciones respecto a la separación de las jurisdicciones, no ha impedido un proceso evolutivo que, en el transcurso de los últimos decenios, se ha producido, primariamente, a lo largo de las directrices paralelas: en primer lugar, la progresiva implementación de las garantías procesales de tutela del recurrente (en una óptica, evidentemente, de sujeto privado entendido como la parte “débil” frente a la administración pública que, históricamente, se sirve de una posición de fuerza de la que ha gozado en virtud del principio general de incontrolabilidad de sus actos; posición que en el transcurso de los años, va debilitándose precisamente como consecuencia del proceso evolutivo al que nos estamos refiriendo) y, en segundo lugar, la creciente atención dirigida al tema de la efectividad de los remedios jurisdiccionales. Compartir los mismos presupuestos ha permitido que, en los últimos años, el Derecho Europeo, a pesar de la falta de armonización que hemos señalado, haya ejercido, también en el ámbito de la justicia administrativa italiana, una influencia que en ningún caso puede ser considerada irrelevante.⁴⁸

No cabe duda de que los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam, aunque no de manera explícita, han puesto, en todo caso, los fundamentos para un camino de convergencia que se ha ido desarrollado en los años sucesivos. El primero de los dos Tratados ha constituido, en efecto, la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, que comprende la jurisdicción en materia civil y penal, y el segundo ha transferido la cooperación en materia civil al primer pilar; sin embargo, se trata de intervenciones que no tocan, sino de manera apenas tangencial, la materia de la tutela jurisdiccional contra los actos de las administraciones públicas. En el ámbito del Derecho derivado, las dos directivas sobre las adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (la 89/665 y la 92/13) se han interesado por las relaciones entre jurisdicción interna y derecho

⁴⁸ S. CASSESE, A. SANDULLI, *Diritto processuale amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006.

comunitario, recalcando sustancialmente la ya abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, sin intervenir tampoco de manera decisiva en el ámbito que aquí nos interesa (sino en los términos que se especificarán mas adelante con mayor detalle).⁴⁹

Entonces, falta de armonización no significa absoluta impermeabilidad del modelo interno respecto a la influencia comunitaria; aunque es verdad que, a pesar de esta influencia, el Legislador italiano ha podido continuar regulando el proceso administrativo con una libertad de acción de la que no ha gozado en tantos otros ámbitos, es necesario admitir que también en el sistema italiano de justicia administrativa se pueden encontrar huellas, muy significativas, de la influencia comunitaria.

Aún en el contexto de esta “huella” general de proceso administrativo que ha permanecido inmutable en el transcurso de los años (o mejor, que ha sido modificada en plena y libre autonomía por parte del Legislador italiano), no son pocas las modificaciones que ha recibido como consecuencia de una intervención “desde lo alto”.

En una esquematización del recorrido de convergencia que aquí se quiere ilustrar, pueden determinarse tres diferentes “canales” a través de los cuales el Derecho Comunitario ha hecho su ingreso en el modelo italiano de Justicia Administrativa: a través las fuentes del Derecho Comunitario derivado, admitidas por el Legislador italiano; a través los principios elaborados, o explicitados, por la Jurisprudencia comunitaria, cuya impronta resulta, aunque no siempre de manera explícita, en todo caso visible en la obra del Legislador; y, por ultimo, en el diálogo entre los órganos jurisdiccionales europeos e internos, a través la confirmación, en la Jurisprudencia italiana, de principios de matriz europea.

En el ámbito de la primera de las tres categorías mencionadas, ha sido particularmente vistoso y significativo el caso de la regulación de los recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos. La previsión de la posibilidad de indemnización en los supuestos en que se lesionan interés legítimos en el curso de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos no aparece en el ordenamiento italiano (rompiendo de este modo el dogma de la no indemnización de los intereses legítimos) de forma casual, sino en virtud de la Ley Comunitaria de 1991 (ley 19 febrero

⁴⁹ D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 y sgts; M. GNES, *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 331.

1992, n. 142) que transpone precisamente la segunda Directiva sobre la adjudicación de los contratos públicos; los efectos de estas dos Directivas en el ordenamiento italiano, efectivamente, han sido notables y se explicitan ya sea a nivel jurisprudencial (baste citar, por todas, la conocida Sentencia de las Sezioni Unite de la Corte di Cassazione n. 500/1999, que decide precisamente sobre lesión de los intereses legítimos con amplias referencias, también explícitas, al Derecho Comunitario: una orientación jurisprudencial significativa y confirmada, por último, por la Sentencia del Consiglio di Stato, n. 4090/2006) ya sea a nivel normativo, a través de una serie de actos del Legislador, algunos recientísimos, todos, en una cierta medida, marcados por las susodichas Directivas: es el caso del Código de los contratos públicos (Decreto Ley 163/2006) que, en el art. 6, ap. 7, letra n), atribuye al procedimiento la verificación a la Autoridad de vigilancia, precisamente siguiendo el modelo comunitario.

Sin embargo, el primero de estos tres “canales” parece ser el que, hasta ahora, ha surtido efectos menos importantes. En este sentido, la vía que conduzca a la uniformidad de la regulación procesal de los Estados miembros para dar lugar al nacimiento de un Derecho Procesal común europeo está todavía por venir. Es verdad que se han dado algunos pasos en dicho sentido, y que será el camino a seguir en el futuro próximo con toda probabilidad, salvo cambios de ruta hasta ahora impensables. Los pasos dados en el ámbito del proceso administrativo han sido menos numerosos, o menos incisivos, que los dados respecto al proceso civil y penal. En el fondo, se hace presente todavía el principio que considera la regulación procesal una cuestión interna, ajena al ordenamiento comunitario en tanto en cuanto asegure el pleno respeto a los derechos subjetivos que el ordenamiento comunitario reconoce y garantiza a todos los ciudadanos.

En cambio, ha resultado más prolífica la reelaboración de la Jurisprudencia comunitaria actuada tanto por el Legislador italiano, como por los órganos internos de la Justicia Administrativa.

Entre los más importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia en materia de derecho al control jurisprudencial, entendido como garantía de los remedios jurisdiccionales ofrecidos al ciudadano frente a la Administración Pública, se pueden destacar el pronunciamiento *Borelli* (3.12.1992, C-97/91) que sanciona la obligación por parte de los Jueces Nacionales de admitir los recursos presentados contra los actos preparatorios y obligatorios que se inserten en los procedimientos europeos compuestos, y *Textilwerke*

(9.3.1994, C-188/92) que obliga al Juez nacional al respeto de las decisiones asumidas por la Comisión, en respeto al principio de la certeza del derecho. En tema de garantías individuales en el Proceso Administrativo,⁵⁰ se pueden enumerar la *Technische Universität München* (21.11.1991, C-269/90) que sanciona el derecho de los ciudadanos privados directamente involucrados en la controversia a ser escuchados en el curso del procedimiento; la *Lisrestal* (6.12.1994, T-450/93) en la cual se abordan aspectos relativos a la falta de respeto del derecho de defensa y omisión de motivación; la *France Aviation* (9.11.1995, T-346/94) que subraya la necesidad de que las garantías de defensa de los sujetos privados encuentren satisfacción en la fase nacional del procedimiento; la *Eyckeler* (19.2.1998, T-42/96) donde se sanciona el derecho de acceso a los documentos administrativos no reservados relativos a la decisión impugnada. Aunque no sea posible encontrar alguna explicación de la influencia ejercida por las citadas pronunciaciones, no puede ciertamente considerarse extraño que, a dos años de la última Sentencia mencionada, el legislador italiano, con la ley 205/2000, siga el surco trazado por la jurisprudencia europea e introduzca, o refuerce donde ya están presentes, los principios de matriz europea en el proceso administrativo interno.

En particular, es posible observar que una pluralidad de disposiciones recogidas en la ley 205/2000 se insertan con gran (y, como se ha dicho, no casual) coherencia en el surco trazado por la Jurisprudencia comunitaria: así se puede observar en lo dispuesto en el art. 4 (sobre la obligación de motivación de las denominadas Decisiones en forma simplificada), 10 (sobre la ejecución coactiva de las Sentencias), 21, ap. 8 (indicación de los aspectos sumarios que justifican la adopción de medidas cautelares) y, en general, la revisión de toda la estructura de las reglas del Proceso Administrativo, en las que subyace el propósito de realizar el objetivo general de asegurar “una “plena” tutela respecto a todas las consecuencias derivadas del ejercicio ilegítimo de la función pública”.⁵¹

Sin embargo, a propósito de la Ley 205, se debe llamar especialmente la atención acerca del objetivo de la tutela cautelar *ante causam*. Dicha institución está, en efecto, en el centro de tres fallos del Tribunal de Justicia⁵²

⁵⁰ Sobre los cuales véase más ampliamente G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, cit.

⁵¹ A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. V, Milano, Giuffrè, 2003, 2. ed., 4279.

⁵² *Factortame*, 19.6.1990, C-31/89; *Zuckerfabrick*, 21.2.1991, C-143/88 y C-92/89; y *Atlanta*, 9.11.1995, C-465/93

que, mas o menos que otras, son expresión de la lógica fundadora de la “homogenización de los sistemas de Justicia Administrativa”, prestando una atención específica al aspecto de la “efectividad de la tutela cautelar según el modelo del proceso comunitario”,⁵³ también mas allá de cuanto está previsto por la Directiva “recursos”. Dicha Jurisprudencia, aunque con algunas oscilaciones sucesivas, ha llegado encontrado con posterioridad una salida decisiva en la Ordenanza efectuada el 8.6.2004 en los procedimientos reunidos por C-250/02 a C-253/02 y C-256/02, precisamente contra la Republica italiana: en dicho pronunciamiento se afirma definitivamente la necesidad, en el ámbito de las adjudicaciones de los contratos públicos de relevancia comunitaria, de dicha institución.

Sin embargo, todavía más que en las intervenciones de reforma de las estructuras procesales realizadas por el Legislador, es a través de un examen de la Jurisprudencia Administrativa italiana como puede percibirse fácilmente como el Juez Administrativo italiano recoge a manos llenas del ordenamiento europeo, especialmente de sus principios generales, y acompañado por los mismos ha informado, y en algunos casos también reformulado, sus propias orientaciones. Llegándose así al tercer y último aspecto, esto es, el continuo diálogo entre Jueces internos y Jueces comunitarios, debiéndose anteponer que éste tiene como premisa la inexistencia de un sistema jurisdiccional administrativo europeo descentralizado que, autónomamente, aplique el derecho comunitario, pero en la elección, explicitada en el art. 234 TCE, de constituir, bajo la autoridad de los Jueces internos, una obligación de reenvío a los órganos jurisdiccionales comunitarios de todas las controversias que involucren decisiones sobre la validez, la interpretación o la aplicación del Tratado, a través el mecanismo del reenvío prejudicial.⁵⁴ La relación de cooperación entre Jueces de diferente nivel (nacional, por un lado, y comunitario, por el otro) se ha intensificado en los últimos años, por cuanto estrictamente concierne al sector del Derecho Administrativo, con la constitución del Tribunal de primera instancia.

El diálogo entre los TAR y el ordenamiento comunitario viene de antiguo respecto a las cuestiones más marcadamente técnicas o procedimentales, como que el conflicto entre la normativa interna y la comunitaria debe resolverse a favor de esta última (TAR Veneto, Sentencia 845/1980)

⁵³ R. VILLATA, *L'incidenza dell'ordinamento*, cit., 54.

⁵⁴ Sobre lo cual se puede ver R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. V, Milano, Giuffrè, 2003, 2ª ed.

o la doctrina del efecto directo de las Directivas (TAR Lazio, Sentencia 7/1978), destaca particularmente la primera decisión de un Juez italiano que afirma la obligación de inaplicación del Acto Administrativo incompatible con las Directivas comunitarias *self-executing* (TAR Lombardia, ordenanza 182/1988, a la cual siguió la pronunciación de la Corte constitucional n. 389/1989, ya conocida como *Fratelli Costanzo*). Con esta última jurisprudencia se realiza un cambio profundo en el diálogo entre Jueces Administrativos internos y supranacionales, que se hace aún más evidente con el análisis de la jurisprudencia posterior (por ejemplo, TAR Abruzzo, Sentencia 229/1992, sobre el efecto directo del ordenamiento comunitario; TAR Lombardia, Sentencia 267/1994, sobre el control de oficio de la compatibilidad de la normativa nacional con la europea).

La confirmación de una cierta propensión del Juez Administrativo italiano a aliarse provechosamente con el Derecho Comunitario no debe sorprender y es, además, evidente, que la correcta aplicación del mecanismo del reenvío prejudicial ha permitido que se pronunciasen Sentencias que se han revelado, con el paso de los años, piedras angulares del Derecho Europeo, habiendo sentado principios subjetivos que luego se han afirmado, con siempre creciente vigor, gracias a un efecto “en cascada” que han originado en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La referencia obligatoria, en este contexto, está en las Sentencias *Costa*, *Simmenthal*, *Cilfit* y *Du Pont De Nemour*, además de la ya citada *Fratelli Costanzo*.⁵⁵

Si estos son algunos ejemplos del diálogo entre el Juez Administrativo italiano y el europeo que, partiendo de una sugerencia del Juez italiano, son confirmados en pronunciamientos del Tribunal de Justicia y, por tanto, se imponen, como tales, a todos los Jueces internos de la Unión y, con ello, también al italiano, es posible citar también otros pronunciamientos que, tomando el empuje del reenvío proveniente de otros ordenamientos, han extendido posteriormente sus propios efectos también frente a los Jueces italianos, introduciendo de este modo nuevos Principios no previstos por el Legislador italiano. Son dos, en este caso, los ejemplos que pueden considerarse más significativos.

Por motivos de necesaria brevedad, baste aquí evocar las Sentencias *Francovich* y *Köbler* (Corte de Justicia, causas reunidas C-6/90 e C-9/90 y Sentencia C-224/01, 30.9.2003) que han sido las primeras en afirmar el

⁵⁵ Ver a propósito M. Filippi, *La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1181 y sgts.

principio de responsabilidad extra-contractual del Estado por falta de aplicación del Derecho Comunitario, con la consiguiente obligación de reparación del daño injustamente causado al ciudadano según los principios del derecho privado. En el fondo de estos dos pronunciamientos hay una instancia de tutela del ciudadano comunitario, a los cuales se quiere garantizar el pleno goce de los derechos conexos al *acquis communautaire*, a prescindir de cuales sean los incumplimientos del Legislador del País en el que éste viva, y todavía la Sentencia tiene, como es evidente, un efecto impetuoso en la medida en la que atribuye al Juez Administrativo la posibilidad de imputar a la Administración Pública (es más, al más alto grado de la misma) una responsabilidad no prevista por el ordenamiento italiano, cuyos aspectos resultan todavía más “exacerbantes” cuando se piensa en el alcance, eventualmente también muy grave, de la obligación de indemnización que es contextual al pronunciamiento que establece la responsabilidad del Estado.⁵⁶

Precisamente sobre el tema de la indemnización por daños se abre la corriente de pronunciamientos inaugurado por el asunto *Köbler*. La novedad que ésta introduce respecto a la otra Sentencia que acabamos de mencionar es la de extender la responsabilidad, y por tanto, lo que más cuenta, la obligación de indemnizar, también a los Jueces nacionales, en el caso de violaciones del Derecho Comunitario conexas al ejercicio de sus propias funciones (en el caso concreto, se trataba de la omisión de un reenvío prejudicial). También en este caso, el objetivo inmediato del Juez comunitario era el de garantizar la efectiva tutela del ciudadano europeo; sin embargo el efecto mediato, pero todavía más impetuoso que resulta de ella es el de infringir el Principio del ordenamiento interno italiano de la irresponsabilidad del Juez por sus propias decisiones y la independencia de éste del Gobierno (que, en cambio, será el órgano al que corresponderá la reparación material).

Por ultimo, se debe hacer referencia al pronunciamiento *Factortame* (Corte de Justicia, Sentencia C-213/89, 19.6.1990),⁵⁷ que constituye la primera decisión en materia de medidas cautelares; con ella se confirma la posibilidad de que el Juez interno pueda tutelar los derechos subjetivos a través la adopción de medidas cautelares dirigidas a eludir los posibles

⁵⁶ Ver E. CHITI ET. AL., *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2005.

⁵⁷ Sobre la cual ver L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, Giappichelli, 2000.

perjuicios que se pueden derivar de la duración de la pendencia de un juicio sobre la conformidad de una norma interna con el Derecho Comunitario. Precisamente esta resolución, junto con la sucesiva *Factortame II*, han marcado un surco profundo y significativo en la historia de la relación entre la jurisdicción administrativa interna y la comunitaria, convirtiendo la materia de la tutela cautelar en aquella “en la que es más avanzado el proceso de uniformidad de los remedios jurisdiccionales entre el nivel comunitario y el nivel nacional”.⁵⁸ La tutela cautelar garantizada a los sujetos procesales por los Jueces nacionales no puede, a juicio del Tribunal de Justicia, ser expuesta a diversas gradaciones de intensidad según cual sea la naturaleza del acto impugnado (interno, y eventualmente de aplicación de la normativa europea, de derecho comunitario derivado), debiendo uniformarse en una sustancial homogeneidad que se debe mantener con independencia de las variaciones que existan en los distintos casos en cuestión y de la nacionalidad del órgano que juzga.

Este ejemplo es quizás más significativo que otros del recorrido que, siguiendo rieles convergentes, han adoptado el Derecho Procesal Administrativo interno y comunitario. Si bien no nos es dado aún conocer su exacto punto de llegada, no cabe duda que el camino se realiza a lo largo de un surco que ya está decididamente marcado.

European Community Law and its Impact on Administration

Abstract: The Author analyzes transformations in Italian Administrative System under the influence of European integration under a mutual impact approach. The first part of the essay is dedicated to European community decision-making, especially to the well known “comitology decision model” as a specific way (network model) of implementing powers conferred to European Commission. As a consequence of the integration, at national level took place profound transformations in the ministerial administrative structure, above all in the directions of the creation of inter-Ministerial Boards and of Administrative Independent Agencies dedicated to coordination and implementation of national and European policies. In the second part of the essay, the Author deals with the political and administrative territorial reorganization influenced by the subsidiary principle. Last, the Author describes the “Europeanization” of the “material” administrative law and procedure (for example, privatizations, liberalizations, principle of proportionality).

Key words: Europeanization of Italian Administrative Law. Comitology. Subsidiary principle. Privatizations. Liberalizations. Principle of proportionality.

⁵⁸ R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, cit., 4981.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERRARI, Giuseppe Franco. El Derecho Europeo y su incidencia en la Administración. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 37, p. 79-114, jul./set. 2009.

Recebido em: 28.05.09

Aprovado em: 13.08.09