
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 31	p. 1-272	jan./mar. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(in memoriam)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e 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

© Editora Fórum Ltda. 2008

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).

Editora Fórum Ltda.
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

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisoras: Carolina Rocha
Lourdes Nascimento

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecárias: Fernanda de Paula Moreira
Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

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

¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional?

Perspectivas del derecho italiano y europeo

Antonello Tarzia

Professor de Direito Público da Economia da Università Commerciale Luigi Bocconi (Milão). Doutor pela Universidade de Pavia.

Palabras clave: Derecho constitucional. Eficiencia económica. Derecho italiano y europeo. Ética pública.

Índice: **1** Introducción. Orden económico y nihilismo jurídico - **2** El derecho constitucional por principios - **3** El sistema administrativo italiano hacia la eficiencia económica - **4** La eficiencia económica del Estado y la ética pública convencional desde la perspectiva del derecho constitucional “dúctil”

1 Introducción. Orden económico y nihilismo jurídico

“El proceso de progresiva neutralización de los varios ámbitos de la vida cultural ha llegado a su término porque ha llegado a la técnica”, y esta, sostuvo Carl Schmitt, “se queda culturalmente ciega”,¹ falta de unidad lógica de significado.²

En las últimas décadas nos hemos encontrado con el definitivo desbordamiento de la economía fuera de los confines nacionales y con el prepotente replanteamiento de una *lex mercatoria*³ por la que el contrato tiende más y más a sustituirse a la ley y pone cada vez más difícil la individuación de la producción normativa de derecho público.

En el viejo continente, la integración europea se ha convertido en clara causa eficiente de una reorientación de la relación entre Estado

¹ C. SCHMITT, *Begriff des Politischen*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1932, *Il concetto di politico. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, en ID., *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, 182 y 179.

² Ver N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, en *Rivista di diritto civile*, 2006, 1 y sgts, esp. 4.

³ “[I]ntesa come disciplina degli scambi, delle ragioni del dare e dell’avere, sul cui altare ogni altro interesse e dunque ogni altro modello tradizionale della regolazione pubblicistica – andrebbe sacrificato o comunque subordinato” (R. FERRARA. *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell’era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 251) y como derecho “creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in maniera uniforme, al di là delle politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l’unità economica dei mercati” (F. GALGANO, *Lex mercatoria*, en *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, V, 2001, 725).

y mercado hacia la inhibición del poder de conformación del primero sobre el segundo; parece a primera vista que, por el contrario, sea ahora el segundo a guiar las decisiones y supeditar el modo de ser del primero, desfigurando algunos rasgos de la fórmula política⁴ del Estado del bienestar que tanto costó alcanzar en el segundo postguerra.

“Tout devient droit privé”,⁵ diría hoy George Ripert: el derecho se entrega a la lógica del mercado global, las mutaciones en los tiempos y en los espacios del derecho⁶ nos llevan a dudar de la persistencia de cualquiera “idea unitaria fundamental”,⁷ en sentido gerberiano, y preguntarnos por la suerte de aquella centralización del poder normativo sobre la cual se construyó el Estado moderno.

Ya no es hora de actos de fe en el Volkgeist, en la racionalidad de los códigos, en la soberanía del Estado: cada criterio unitario parece perdido para siempre.

Recordando momentos de historia hispanoamericana, en el legendario Discurso de Angostura, Simon Bolívar sostuvo que “Para sacar de este caos nuestra naciente república, todas nuestras facultades morales no serán bastantes, si no fundimos la masa del pueblo en un todo; la composición del gobierno en un todo; la legislación en un todo, y el espíritu nacional en un todo. Unidad, unidad, unidad, debe ser nuestra divisa”.⁸

En estas palabras era perceptible el eco de las concepciones paternalísticas de la filosofía escolástica suareziana sobre la cual se erigió la *Nación católica*.⁹

Por lo mismo que en la visión aristotélica, el hombre venía concebido como animal social¹⁰ por su naturaleza llevado a vivir en comunidad, entendiendo esta última no a la manera hobbesiana como agregado de individuos, sino como *universitas, communitas* que renuncia a su libertad natural y se somete a las cadenas del derecho positivo a fin de conservar y

⁴ Ver G. BOGNETTI, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, 1529 y sgts. Del mismo Autor véase además *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1983, *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995, *Democrazia e mercato*, ponencia en la Universidad de Modena en diciembre 2005, en ocasión de la *Giornata di studi su “Stato e mercato tra diritto interno e diritto comunitario”*, y, en fin, *L’Assemblea costituente e le libertà economiche*, in S. LABRIOLA, *Valori e principi del regime repubblicano, II, Diritti e Libertà*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 177 ss.

⁵ Ver G. RIPERT, *Le Déclin du droit: études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949.

⁶ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

⁷ C.F.V. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden, 1880, ed. it. por P.L. LUCCHINI, *Diritto pubblico (Lineamenti di diritto pubblico tedesco)*, Milano, Giuffrè, 1971, 91.

⁸ S. BOLÍVAR, *Discurso de Angostura*, 15 feb. 1819, en <www.bolivar.ula.ve>.

⁹ J.M. PORTILLO VALDÉS, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Macerata, Lacaia editore, 1998.

¹⁰ “Hominem esse animal sociale et naturaliter recteque appetere in communitate vivere”, F. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1612), II, 1, 3.

preservar el bien común.

La soberanía, entonces, residía en el conjunto de los individuos entendido en un enfoque olístico como *corpus politicum mysticum* en el cual todos los miembros sentían las mismas obligaciones y podían ser “concebidos, desde el punto de vista ético, como un conjunto unificado”.¹¹

En la visión jesuítica suareziiana, la *lex naturalis* era el puente entre Dios y el individuo, el cual en la edificación del derecho positivo actuaba de conformidad con los preceptos de la razón.¹² por consiguiente el monarca *racionalmente* producía leyes y gobernaba a fin de la realización del bien común pues que esto está en la naturaleza de las cosas y en la voluntad de Dios.

Hoy en día el derecho parece entregarse “enteramente a la voluntad de los hombres”,¹³ voluntad que, en lo que atañe a la actuación administrativa, está completamente sometida a una “ansiedad de proveer” rápidamente frente a las dificultades decisionales de las asambleas legislativas cada vez más evidentes: la entrada de la *techne* en el derecho¹⁴ lleva la producción normativa a descender en la pirámide de las fuentes, y esto difícilmente se podrá aceptar si se continúa concibiendo (sólo) en términos de jerarquía la juridicidad pública.

En Italia, por ejemplo, durante la última década ha sido utilizada cada vez más la técnica de la deslegificación, es decir la producción de textos normativos por parte del Gobierno-administración que asume un papel manifiestamente sustitutivo de un ineficiente Parlamento.

En el plano del sistema de las fuentes y de la teoría general del derecho, las certidumbres que tanto costaron alcanzar durante el siglo XX parecen disolverse. Pensemos en el *Stufenbau* kelseniano: la unidad sistémica del derecho llega a carecer de completud y la visión piramidal del orden

¹¹ F. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, I, 165. D. TARANTO ha precisado: “La debollezza del presupposto individualistico nel giustificare la nascita dello Stato è quindi superata da Suárez facendo del popolo non una indistinta moltitudine atomistica, come era naturale che fosse se equiparata a una *societas*, nome che allude sempre alla pluralità dei *socii*, ma una *universitas*, dotata di una propria personalità giuridica e di una propria volontà in grado di produrre l’unificazione politica e il potere sovrano e in grado di conservarla e di tutelarla”, en C. GALLI, *Manuale di storia del pensiero politico*, Bologna, il Mulino, 2001, 186.

¹² Razón que, por ejemplo, en HOBBS no tiene nada de universal sino responde a los avios egoísticos de los tenedores del poder: “But commonly they that call for right reason to decide any controversy, do mean their own”, en *The Elements of Law Natural and Politic*, en <www.constitution.org>.

¹³ N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005, V. “Il nostro linguaggio – asevera Irti – non ci parla più di Dio, di principi eterni e realtà sovra-sensibili, ma di volere umano, di scopi prescelti, di congegni artificiali, di tecniche di funzionamento”, *ivi*, 45-46

¹⁴ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, op. cit., 176 y sgts.

¹⁵ Por otra parte, “la dottrina pura del diritto è strettamente legata alla nozione dello Stato nazionale moderno,

jurídico¹⁵ se demuestra, por ella misma, incapaz de hallar el nexo entre cualquier orden de ideas y aquel “nuevo orden de las cosas”¹⁶ que se sustancia en pluralismo institucional y normativo; el progresivo perfilarse de un derecho administrativo universal ocasiona una “globalización de tipo funcional de los poderes públicos”,¹⁷ en el sentido que las decisiones tomadas por las autoridades nacionales potencialmente pueden afectar los intereses de individuos y empresas de otras partes del mundo; en el caso específico del derecho administrativo europeo (comunitario) está ahora claro que las administraciones nacionales ya no son simplemente órganos de administración indirecta, sino se integran en sistemas de administración nacional-comunitaria según modelos cooperativos cuyas lógicas, por lo mismo que por los principios ordenadores (piramidales) de los sistemas jurídicos, difícilmente se podrán explicar según el tradicional principio de la jerarquía.¹⁸

De acuerdo con la visión más nihilista, estaríamos afrontando un utilitarismo hedonístico benthamiano reformulado, portador de normas vaciadas de contenido ético y de formalismo procedural, cuyo único criterio de legitimación, en el caótico amontonamiento de actos normativos faltos de justificación que no sea la mera voluntad,¹⁹ sería el criterio de validez de la norma.

En este cuadro, rico de verdades y lugares comunes, considero necesario ahondar en algunos conceptos que hemos heredado del constitucionalismo y de la centenaria obra de construcción del derecho administrativo de garantía.

2 El derecho constitucional por principios

quindi non spiega ciò che esisteva prima di esso, né ciò che sta venendo dopo di esso”, M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative statali*, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2005, 403 ss; para el concepto de sistema vease M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, I, 3 y sgts.

¹⁵ Según la célebre frase vichiana: “[l]’ordine delle idee dee procedere secondo l’ordine delle cose” (G. VICO, *Principj di scienza nuova d’intorno alla comune natura delle nazioni*, 1744, I, LXIV).

¹⁷ S. BATTINI, *L’impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo: quattro percorsi*, en *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, III, 339 y sgts, esp. 343 (el Autor trae como ejemplo, frente a determinados *standards* y acuerdos internacionales para el derribamiento de las barreras a la libre circulación de mercancías, las opciones de regulación por parte de algunos Estados en materia de seguridad de los productos alimenticios que indudablemente tienen un alcance extraterritorial y global).

¹⁸ En este caso se puede hablar de “globalizzazione dei poteri pubblici in senso strutturale”, S. BATTINI, *L’impatto della globalizzazione sulla pubblica amministrazione e sul diritto amministrativo*, op. cit., 343.

¹⁹ Me refiero a las palabras utilizadas por GIOVANNI BOGNETTI para subrayar algunos puntos críticos del nihilismo de NATALINO IRTI, en *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, op. cit., 1542.

El aparente empobrecimiento ético del discurso jurídico llega a conclusiones demasiado fáciles sobre la identificación de la actividad de producción normativa con la mera voluntad de potencia²⁰ y sobre la preminencia del elemento eficientista en los sistemas administrativos de la Europa comunitaria.

Esta perspectiva parece ponerse en una dimensión ahistórica, que no tiene en cuenta el hecho de que el Noveciento ha sido marcado por la difusión en los Países de western legal tradition del *big government* como fórmula organizativa del Estado intervencionista cuyos fines principales han sido la redistribución de la riqueza y la suministación de servicios de naturaleza económica y social.

La antigua contraposición entre derechos naturales y derecho positivo, es decir la separación del derecho y la moral, ha perdido sus contornos críticos pues que los derechos han sido positivizados²¹ en las Constituciones del segundo postguerra que han consagrado la igualdad moral de los individuos.²²

Los valores fundamentales de la fórmula política social son tan coesenciales a los ordenamientos europeos que se apartan de los mecanismos de la democracia procedural, a través de cláusulas de no revisionabilidad constitucional explícitas (se piense en el art. 79 del GG que sanciona como ilícita toda modificación en virtud de la cual se afecte los principios fundamentales o el art. 278 de la Constitución portuguesa de 1976 que, entre los otros límites materiales de la revisión, incluye los derechos de los trabajadores, de las comisiones de trabajadores y de las asociaciones sindicales; la coexistencia del sector público, del sector privado y del sector cooperativo y social de propiedad de los medios de producción; la existencia de planes económicos en el ámbito de una economía mixta) si bien, como en el caso italiano, hay límites deducidos por vía jurisprudencial y identificadas en los “principios supremos”²³ del ordenamiento constitucional del Estado.

Nos parece claro que estas cláusulas constitucionales no son conse-

²⁰ G. BOGNETTI, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, op. cit., 1533.

²¹ Las Constituciones y Declaraciones de derechos no son otro que “patti sociali in forma scritta, le cui clausole sono i principi e i diritti fondamentali che da ‘naturali’ divengono, grazie alla loro stipulazione, ‘positivi’ e ‘costituzionali’”, L. FERRAJOLI, *Democrazia e costituzione*, en G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 315 y sgts, esp. 323.

²² Ver L. GIANFORMAGGIO, *Rapporti tra etica e diritto*, en C.A. VIANO, *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Boringhieri, 156.

²³ Los cuales “appartengono all’essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”, Corte costituzionale, sent. n. 1.146/1988; ver Corte cost. 30/1971, 18/1982, 232/1989, 62/1992, 2/2004 también.

cuencia de una decisión constitucional de tipo schmittiano, sino la herencia histórica del constitucionalismo y de su desarrollo en el cuerpo viviente del derecho.

Bajo nuestro punto de vista, el verdadero problema está en la aceptación de los vínculos que provienen desde el exterior del Estado, en particular desde el derecho europeo comunitario, y que comprimen la fórmula política social, siempre que tal incompatibilidad exista.

Ni tampoco tal empobrecimiento ético del discurso jurídico realmente existe en la *analytical jurisprudence* post-hartiana: diversas teorías neoiluministas han ocupado el primer plano, desde la teoría de la justicia rawlsiana hacia el dworkinismo,²⁴ llevando al abatimiento de las barreras entre el derecho y la moral erigidas por el normativismo,²⁵ si bien con una rigidez de tesis no siempre adaptable a ordenamientos diferentes.

Si adoptamos una visión de la Constitución que postule como sus fundamentos de validez la afirmación de los derechos y la creación de mecanismos para su tutela, ahora bien esa diviene un “punto práctico de referencia... objeto de interpretación para los sujetos a quienes esa misma confía su propia aplicación”.²⁶

Por lo tanto, se necesita conjugar los principios constitucionales con la *loi de efficacité*, esta última entendida como elección de “política constitucional”, es decir como “realización de la Constitución, en uno de sus mudables equilibrios en que esa puede volverse efectiva”.²⁷

3 El sistema administrativo italiano hacia la eficiencia económica

En los últimos años, el derecho administrativo italiano ha sufrido muchas transformaciones que han radicalmente alterado sus caracteres originales, y esto fue bajo la presión de factores externos, sobre todo el avance de la integración europea, como internos, consiguientes a la insatisfacción

²⁴ “La differenza filosofica essenziale tra queste teorie e quelle dell’illuminismo settecentesco consiste nel fatto che al di sotto delle prime non sta più una concezione – che era fondamentale per le seconde – dell’uomo come essere ontologicamente portatore di una ragione capace di individuare valori etici incontrovertibili ... Ma le prime e le seconde, assieme ad altri tratti in comune, ne hanno di solito uno che va direttamente contro le esigenze di una efficace, duttile gestione del modello della democrazia sociale”, G. BOGNETTI, *Scienza del diritto e nichilismo giuridico*, op. cit., 1540.

²⁵ Ver C. FARALLI, *Introduzione*, en G. ZANETTI (cur.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Cortina ed., 1999, XIII y sgts, esp. XIX; L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della Costituzione. Tempo della consolidazione*, en *Politica del diritto*, 1997, 527 y sgts.

²⁶ M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la Costituzione*, en G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, op. cit., 253 y sgts, esp. 266.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 10 (ed. esp., *El derecho “dúctil”*, Madrid, Trotta, 1995).

de los ciudadanos por el ineficiente funcionamiento de la administración.

Las reformas han atañido casi todos los sectores de la administración, desde el contencioso administrativo hasta el procedimiento, desde la organización administrativa central hasta las autonomías territoriales, desde la fundación de las Autoridades administrativas independientes hasta las modalidades de adjudicación de la gestión de los servicios públicos a terceros en un contexto de mercado abierto a la competencia.

Cada uno de estos perfiles puede ser analizado desde el punto de vista de la eficiencia económica; pero, a la luz del tamaño limitado de mi ponencia he elegido tres ámbitos que me parece merezcan ahondamiento.

En primer lugar, la reforma del procedimiento administrativo que ha implicado la introducción de instrumentos de administración consensual entre las administraciones y entre la administración y los sujetos privados.

En segundo lugar, la supresión del sistema del control previo de legitimidad por casi todos los actos administrativos, estatales y locales, y su sustitución con un control general sucesivo de naturaleza gestional.

En tercer lugar, el Pacto interno de estabilidad y los límites al gasto público.

Siendo imposible explicar todos los tres argumentos, he elegido el tercero pues en este se identifica uno de los aspectos claves del nuevo derecho administrativo de la Europa comunitaria.

La acumulación de la deuda pública, como resultado del uso indiscriminado de instrumentos keynesianos de gobierno de la economía, arrastró Italia a una situación macroeconómica que ha llevado al gobierno a apurar la toma de medidas drásticas desde 1992.

En las décadas antecedentes, en efecto, habían tenido lugar políticas de *déficit spending*, gestión de las participaciones estatales de escasa eficiencia económica, tarifas para los servicios públicos como instrumento de política económica, por lo tanto constantemente por debajo de los costes, mecanismos de financiación de las autonomías locales de escasa fuerza responsabilizadora (por ejemplo, el mecanismo llamado “a pie’ di lista” en el marco de un sistema basado en las transferencias estatales): dejando aparte juicios morales relativos al funcionamiento del sistema político, bajo el perfil de las *policies*, por lo menos formalmente, el intervencionismo estatal había sido encaminado para proveer servicios sociales (piénsese en la publicización de los hospitales en 1968 o bien en la fundación del Sistema Sanitario Nazionale en 1978, o mejor en la institución del segundo ciclo

obligatorio de EGB en 1962), aun cuando eso no necesariamente llevaba a la efectiva aplicación del principio de igualdad en sentido sustancial a tenor del art. 3 de la Constitución.

Se piense en las modalidades de financiación de la deuda: las políticas de *déficit spending* llevaban a una masiva emisión de bonos; los bonos no colocados venían suscritos por la Banca d'Italia por medio de emisión monetaria. Esta práctica (llamada "política de los dos hornos") ocasionó un incesante alza de la tasa de inflación y, por consiguiente, intereses reales negativos sobre la deuda. El Estado, en sustancia, por un lado ocasionaba la disminución del valor real de la deuda, por el otro, pagaba intereses negativos sobre la misma, es decir, conseguía una ganancia.

Ahora bien, es claro que tales políticas no tenían vínculos sustanciales, ya que la clase política podía definir sus caracteres a su voluntad como estrategia de gestión del consenso electoral, pues que los recursos públicos podían ser utilizados incluso en violación del principio constitucional de equilibrio financiero consagrado en el art. 81. La Corte constitucional misma, en la sentencia 1/1966, avaló estas modalidades de gobierno de la economía que marcaron el cambio al así llamado "Stato-finanziatore",²⁸ admitiendo "la posibilidad de valerse, a fin de la cobertura de los costes, además de los instrumentos tradicionales de financiación, como la creación de nuevos tributos o la agravación de los existentes, la disminución de los gastos ya aprobados, la estimación de nuevos recursos, [de] *la emisión de bonos*" también.

La adhesión de Italia al Sistema Monetario Europeo, en 1979, entrañó la aceptación de la prohibición de financiar el *déficit* con la emisión monetaria así que uno de los dos hornos fue cerrado (así llamado "divorcio Banca d'Italia-Tesoro"); luego, el Tratado de Maastricht, ha impuesto a los Estados miembros de evitar déficits públicos excesivos y preservar la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto bajo el 3% y la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado bajo el 60%, a menos que la proporción disminuya suficientemente y se aproxime a un ritmo satisfactorio al valor de referencia (art. 104 de la versión consolidada del Tratado CE y art. 1 del Protocolo n° 20 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo). A fin de completar y desarrollar las disposicio-

²⁸ Ver D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, Angeli, 1971.

nes del Tratado relativas a la UEM, el Consejo Europeo adoptó, en junio de 1997, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, del que forman parte dos reglamentos, cuya finalidad es garantizar la disciplina presupuestaria en relación con la UEM: el reg. n° 1467/97 de 7 de julio de 1997, es relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; el reg. n° 1466/97, de 7 de julio de 1997, está relacionado con el reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas.

Los Estados miembros están obligados a actualizar con periodicidad anual el programa de estabilidad (art. 4 reg. 1.466/1997); este último conlleva una monitorización permanente a fin de vigilar escrupulosamente a los relativos indicadores macroeconómicos del *Conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche*.

De hecho, la responsabilidad del cumplimiento de los requerimientos establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento recae exclusivamente en el nivel central o federal de gobierno, con una evidente asimetría de responsabilidades entre una creciente responsabilidad financiera de las autonomías territoriales y la escasa corresponsabilidad de estas en el control del endeudamiento público (especialmente, en Italia, después de las reformas administrativas de los años noventa y constitucional de 2001).

Desde el punto de vista reglamentario, todo esto entraña mecanismos de control del gasto público típicamente introducidos en el marco de la maniobra presupuestaria estatal. Uno de esos mecanismos es el Pacto interno de estabilidad, formado por un conjunto de normas que introduzcan vínculos financieros por medio de la determinación de objetivos que los entes territoriales deben cumplir así como la institución de un asociado sistema sancionatorio.

Desde el punto de vista constitucional, en la definición del Pacto interno se necesita conjugar la autonomía de los entes territoriales garantizada por el nuevo Título V con los límites al gasto acordados a escala comunitaria.²⁹

En su redacción original (art. 28, L.448/1998), el Pacto interno contemplaba un compromiso general de Municipios, Provincias, Entes montanos y Regiones a la progresiva disminución del déficit y de la proporción entre el propio monto de la deuda y el producto interno bruto, sin que se

²⁹ Ver Documento di programmazione economica e finanziaria 2007-2011 en <www.mef.gov.it>.

hubieran hallados medios o instrumentos para aplicar la legislación, las políticas y las estrategias pertinentes. La ley presupuestaria 2002 (L.448/2001) fijó un límite máximo para los gastos corrientes además de una obligación de mejora del saldo presupuestario. La ley presupuestaria 2003 (L.289/2002) introdujo mecanismos de control a cargo del Ministero dell'Economia y de la Corte dei conti para evaluar los avances habidos en la consecución de los objetivos fijados. La ley presupuestaria 2005 (L.311/2004) ha sustituido el control sobre el saldo presupuestario con otro sobre la dinámica del gasto, incluyendo el gasto de capital en la definición del gasto total. La ley presupuestaria 2006 (L.266/2005) ha introducido como criterio de control un límite máximo al crecimiento del gasto según el gasto histórico, incluidos los gastos de capital.

La ley presupuestaria 2007 (L.296/2006) ha suprimido el criterio del límite máximo al crecimiento del gasto y restablecido aquello sobre el saldo presupuestario (art. 1, c. 676-702).

Más allá de la forma del control, se distinguen dos aspectos importantes:

a) la tipología de sanciones frente al incumplimiento del Pacto interno;

b) la individuación del umbral a partir del cual el control estatal provoca una violación de la autonomía constitucionalmente garantizada de los entes territoriales.

a) En caso de incumplimiento de las normas del Pacto interno, el Presidente del Consiglio dei Ministri ordena a los entes territoriales la toma de las medidas necesarias antes del 31 de mayo del año siguiente; si los susodichos entes no cumplieren, el alcalde o el presidente de la Provincia o de la Región, en calidad de comisario *ad acta*, tomarán medidas de crecimiento de la presión fiscal antes del 30 de junio. Los entes territoriales que no cumplen con el Pacto interno no pueden contratar personal en ninguna manera. Según el dispuesto del apartado 702, en cambio, los entes que han cumplido el Pacto en 2006 gozarán en 2008 de un incremento de recursos en forma de participación en los ingresos fiscales.³⁰

b) Por lo que atañe a los perfiles constitucionales, el control presupuestario se justifica en vista de la exigencia de tutela de la unidad económica de la República y de la legislación concurrente en materia de los presupuestos de entes públicos y coordinación de la hacienda pública

³⁰ En particular, participación en los ingresos Irpef (Impuesta sobre las personas físicas).

(art. 117, c. 3, Const.). En la sentencia, 417/2005, la Corte constitucional ha sancionado la inconstitucionalidad de disposiciones que no se limiten a fijar “márgenes al déficit o al gasto corriente, sino [establezcan] límites ... a las partidas de gastos individualmente”, con referencia a normas estatales — cuyo fundamento sea la potestad legislativa concurrente en materia de coordinación de la hacienda pública — que comprimen las opciones presupuestarias en específicos y determinados gastos de los entes subestatales; tales disposiciones “no constituyen principios fundamentales de coordinación de la hacienda pública, sino entrañan una inadmisibles injerencia en la autonomía presupuestaria local” constitucionalmente garantizada.

Hemos mencionado hasta ahora algunos institutos y disposiciones encaminados a un incremento de eficiencia, eficacia y economicidad en la actuación de los poderes públicos: en el caso del procedimiento administrativo, el desarrollo reciente de los instrumentos de administración consensual debería llevar, por lo menos, a una disminución del contencioso así como a una reducción del espacio de tiempo de la decisión administrativa; en el caso de los controles *lato sensu* gestionales, el objetivo es prevenir la inadecuada utilización de los recursos públicos; en el caso del Pacto interno de estabilidad, la filosofía económica que rige la UEM se reverbera en la actuación administrativa poniendo límites al crecimiento del gasto y por otra vía empujando las administraciones a una selección eficiente, económica y eficaz en el uso de los fondos públicos.

En cualquier caso, independientemente de “cuestiones éticas”, el cumplimiento de las susodichas normas aleja la actuación administrativa del formalismo y la acerca a la realización concreta de los intereses públicos.

4 La eficiencia económica del Estado y la ética pública convencional desde la perspectiva del derecho constitucional “dúctil”

“[L]a deconstrucción deja como suspendido en el vacío el discurso sobre la acción”.³¹ Reconstruyendo el pensamiento de Martin Heidegger, Reiner Schürmann ha captado el sentimiento del grande filósofo frente la ausencia de principios unificadores desde los cuales derivar la acción.

En momentos de replanteamiento de la *lex mercatoria*, los sistemas administrativos deconstruidos, sometidos a fuerzas que empujan contem-

³¹ R. SCHÜRMAN, *Heidegger on Being and Acting: From Principles to Anarchy*, Bloomington, Indiana U.P., 1986, ed. it., *Dai principi all'anarchia. Essere e agire in Heidegger*, Bologna, il Mulino, 1995.

poráneamente en opuestas direcciones, aquella de una dimensión local de la administración y aquella de la multiplicación de instituciones de *governance* supranacionales que atiendan al desbordamiento de la economía fuera de los confines nacionales, al presente parecen identificarse en un orden catalático, falta de un centro, en que diferentes sujetos y actores contribuyen a las necesidades de los otros, “pero sin preocuparse de ellos y nada menos conocerlos”.³²

Ahora, la emersión de un derecho administrativo global nos indica la irreversible superación de las condiciones sociales y económicas por las que, desde la segunda mitad del siglo XIX, el positivismo filosófico y jurídico pudo conducir a una juridicidad pública vuelta a reglar (se haga atención, *reglas* en cuanto diferentes de los *principios*) y fagocitar la sociedad dentro de los confines materiales del Estado.

En las visiones más nihilistas, el derecho y sus principios han dejado el paso al dominio de la técnica y de la eficiencia económica que han mudado la naturaleza de la acción humana³³ y del comportamiento administrativo.

Sin embargo, el mercado no es, como en las teorizaciones de la economía neoclásica, *locus naturalis* si bien *artificiales*,³⁴ conformado por reglas y normas, sea de nivel nacional como supranacional; contra estas últimas, todavía, los sistemas administrativos muestran sus potentes dotes autopoieticas³⁵ desarrollando “dialectos jurídicos”³⁶ locales en el marco de estructuras constitucionales en las cuales la historia jurídica es claramente perceptible. La “desregulación” misma puede ser entendida como una elección en el sistema de las fuentes, ya que frecuentemente se presenta como individuación de fuentes de derecho alternativas a la ley.

Entonces, el problema es otro. Se necesita verificar la relación entre la eficiencia económica y los principios ordenadores de la juridicidad pú-

³² F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1989, 321.

³³ Ver. H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1990, 3 y sgts.

³⁴ Entre las diferentes corrientes del neoinstitucionalismo, veanse, por lo menos, D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1884; P.S. HUNTINGTON, *Ordinamento politico e mutamento sociale*, Milano, Angeli, 1975; J.C. MARCH, J.P. OLSEN, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, Bologna, il Mulino, 1992; T. PARSONS, *Prolegomena to a Theory of Social Institutions*, 55 Am. Soc. L. Rev 319 [1990]; L. ZUCKER, *The Role of Institutionalization in Cultural Persistence*, en 42 Am Soc. Rev. 726 [1977]. En la doctrina jurídica, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

³⁵ Ver G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996.

³⁶ La expresión es de M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, 2000, 63 y sgts.

blica, evitando las peligrosas ejemplificaciones que constituyen el mundo artificial del análisis económico del derecho.

El discurso jurídico, que pareció interrumpirse en las últimas décadas,³⁷ debe reanudar desde el principio de legalidad y su reposicionamiento al centro del análisis de los sistemas administrativos.

En el caso italiano, las mutaciones en el sistema constitucional y administrativo son plenamente justificables: el procedimiento ha sido abierto a la participación del privado y el uso de los recursos públicos debe responder a criterios de racionalidad que provean legitimación a la acción político-administrativa.

En esta óptica sustancial, por ejemplo, el abatimiento del sistema de los controles previos, erigido sobre modelos dieciochescos, constituye el verdadero momento de valoración del dibujo autonomista.

A veces es evidente que eficiencia y rapidez decisional pueden contrastar con las exigencias de garantía: la participación del privado en el procedimiento lleva a la introducción de intereses privados en la fase instructoria de evaluación del interés público así como en el caso de los acuerdos en sustitución del acto administrativo: en este caso, sin embargo, estamos frente al viejo y muy conocido problema de la discrecionalidad cuya limitación llevó a la jurisdiccionalización del procedimiento según la enseñanza mayeriana.

Pues, se necesita localizar el justo equilibrio entre legalidad y eficiencia, entre tipización de las formas de la acción administrativa y legalidad sustancial.

Todos conocemos, pues que lo hemos encontrado relacionandonos con la pública administración, el caminador de quien habló Michel Crozier, el funcionario burocrático que neutraliza el detalle de la norma dilatando su tiempo de aplicación: el facto humano es incompressible y no existen reglas moralmente absolutamente superiores que puedan constreñirlo a oír la llamada de la “norma de reconocimiento”.³⁸

Se necesita entonces, por lo menos esta es nuestra opinión, poner la pública administración en condición de funcionar eficientemente a través de mecanismos de control que vayan al corazón de la acción administrativa, es decir que verifiquen la efectiva realización de los intereses

³⁷ Ver F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007.

³⁸ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, 112-113 e *passim*

públicos, confiando en la “ductilidad” de la Corte constitucional en su “uso jurisprudencial de la Constitución”,³⁹ pues que, como sostiene Alexy, con afirmaciones y decisiones jurisprudenciales “no nos pretendemos la corrección absoluta, sino sólo que esas sean correctas a la luz del ordenamiento jurídico vigente”.⁴⁰

Estas premisas se hallan en la estructura abierta⁴¹ del derecho y de las Constituciones del segundo postguerra que encomiendan a los tribunales constitucionales la tarea de la búsqueda de la *praktische Konkordanz* entre principios y valores constitucionales, hasta el punto de levantarlos, según la así llamada “teoría de los controlímites”, por encima de la normación “técnica” comunitaria si esta se muestre en oposición con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional.

En la sentencia más importante de los últimos años, la n° 303/2003, la Corte constitucional italiana ha sostenido que está en la “naturaleza de las cosas” que “las funciones administrativas, en vía general asignadas a los Municipios, puedan ser conferidas a un diferente nivel de gobierno para asegurar su ejercicio unitario, en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación” así introduciendo algunos elementos de “flexibilidad” constitucional, a fin de, por ejemplo, asegurar los niveles esenciales para las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales (art. 117, c. 2, lett. *m*), Const.).

Esto no significa irracional oscilación⁴² de la interpretación constitucional sino representa un normal desenvolvimiento de la función encomendada a los tribunales constitucionales por las Constituciones “de valores” como, por otra parte, algunos tribunales han explícitamente reconocido en su jurisprudencia desde hace algunos decenios.⁴³

En conclusión, la sentencia 303/2003 de la Corte constitucional nos prueba como el criterio eficientista sobre el cual se fundamenta el princi-

³⁹ Según las célebres expresiones de G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, e ID., *La giustizia costituzionale*, op. cit., 39 y sgts.

⁴⁰ R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, 267.

⁴¹ Aceptada por los neopositivistas – como por ejemplo H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, op. cit., 146 y sgts – también.

⁴² En este sentido, por ejemplo, D. NOCILLA, *Natura delle disposizioni programmatiche statutarie*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4134 ss; un elocuente análisis de la jurisprudencia constitucional post-Título V, con conclusiones compartibles sobre la excesiva enfatización del contencioso Estado-Regiones después de la reforma, ha sido efectuado por L. VANDELLI, en A. PIOGGIA, L. VANDELLI (cur.), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2006, 11-47.

⁴³ “En un sistema de pluralismo político, la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas” (STC n. 4/1981); “La Constitución

pio constitucional de adecuación pueda ser compatible con el principio de igualdad, es decir con un sentimiento de justicia.

Concluyendo, en nuestra opinión la eficiencia económica no debe ser concebida como un sustituto de la ética pública, ni como un elemento complementario; por el contrario, la eficiencia se pone como un imperativo ético por los poderes públicos, ya que solo una administración eficiente se aleja del formalismo, el muy conocido fenómeno de la heterogénesis de los fines, y se acerca a la efectiva realización de los intereses públicos.

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

TARZIA, Antonello. ¿La eficiencia económica del Estado como sustituto de la ética pública convencional?: Perspectivas del derecho italiano y europeo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 11-25, jan./mar. 2008.

es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo" (STC n. 11/1981).