

FEDERALISMO, REGIONALISMO Y DESCENTRALIZACIÓN DEL PODER: UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Giuseppe Franco Ferrari

Catedrático de Derecho Público Comparado - Università Bocconi (Milano)

RESUMEN:

El estudio de las tendencias vigentes en el derecho comparado nos revela la pérdida de nitidez de los contornos de la clásica contraposición entre federalismos y regionalismos, tomando en cuenta las parciales sobreposiciones de los modelos en el aspecto organizativo; la contraposición, en cambio, parece volver a adquirir significado en la perspectiva de la inclusión de los sistemas estatales bajo conformación federal o regional en agregaciones de área continental, del tipo representado por la Unión europea y, aunque en un tono bastante menor, por el Mercosur. En efecto, si por un lado la asimetría en las relaciones internas entre el Estado y las unidades regionales parece ser ya un elemento común a los ordenamientos de ambos tipos, por otro lado, con evidencia en Europa, elementos de diferenciación surgen con relación a la participación de los entes sub-estatales en las fases ascendentes y descendentes de producción del derecho comunitario, con una evidente mayor capacidad de adaptación y de búsqueda de espacios de decisión de los sistemas federales. El mismo principio de subsidiariedad tiende a producir efectos de intromisión en el sistema de las fuentes y sobre la relación entre poderes públicos y sociedad civil, con una difundida tendencia a la experimentación de fórmulas de gobernabilidad construidas alrededor de la colaboración entre privados, tercer sector y poderes públicos en la definición y en la implementación de las políticas públicas a nivel local o regional.

Palabras clave:

Descentralización; Experiencia italiana; Sistemas europeos.

ABSTRACT:

By studying the trends in comparative law one discovers that the clear distinction between federal and regional systems no longer exists. There is often a partial overlap of the models from an organisational standpoint. This distinction, however, reacquires significance when federal or regional states become part of continental organisations such as the European Union or Mercosur. In fact, if on the one hand it is true to say that asymmetry in the relationship between the central government and the regional entities is a common element of both systems, on the other (especially in Europe) there are differences in the way the subnational entities take part in the bottom-up and top-down processes of community law. The member states of federal systems have greater decision-making capacities. Even the principle of subsidiarity has a pervasive effect on the

system of legal sources and on the relationship between public powers and civil society. A widespread tend is to try out new forms of governance such as the collaboration between the private sector, the third sector and public powers in defining and implementing public policy at local and regional level.

Key words:

Decentralization; Italian experience; European systems.

Federalismo, regionalismo y descentralización del poder: una perspectiva comparada

SUMARIO: 1. Técnicas clasificatorias de federalismos y regionalismos: algunos lugares comunes. 2. Las entidades intermedias en el derecho europeo hoy en día: representación, participación en las fases ascendente y descendente, política exterior. 2.1 La sandwich thesis. 2.2. La racionalización de los procesos de decisión en la transición del regionalismo funcionalista al institucional. 2.2.1. Transformaciones en los sistemas federales. 2.2.2. Transformaciones en los ordenamientos de forma regional. 3. Apuntes de la experiencia latinoamericana. 4. Algunas tendencias recientes: 4.1. Tendencia a la diferenciación de la autonomía. 4.2. Subsidiariedad; 4.3. Public-private partnership. 5. Algunas tendencias de la organización municipal en Europa. 6. A modo de conclusiones.

1. Las nociones conceptuales de federalismo y regionalismo aparecen ahora, dirigiendo la mirada a las dinámicas evolutivas de los ordenamientos constitucionales considerados en la perspectiva de la macro comparación entre los sistemas, marcadas en su interior por crecientes fragmentaciones en figuras y diseños institucionales intermedios, así como por parciales sobreposiciones de los respectivos modelos, tales de convertir opaca en un cierto modo la misma distinción entre los dos fundamentales arquetipos¹.

En efecto, si colocamos una al lado de la otra las principales formas de extrínsecamiento del poder decisional periférico y de la autonomía territorial en el ámbito de la soberanía estatal, así como de la soberanía repartida, encontramos, en un extremo, el Estado unitario “desconcentrado” según la experiencia histórica de Francia y, en el extremo opuesto, la fórmula de la Confederación de Estados, interesante fórmula organizativa de importancia hasta su reciente revitalización por efecto de la creación de la CSI, nacida de las cenizas de la ex-Unión Soviética.

El estudio, ya sea diacrónico o sincrónico, de los modelos comparados de Estado demuestra, en todo caso, que los polos extremos representados por la forma mínima de

1 Ver en la literatura italiana: A. D’Atena (ed.), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, Giuffrè, 1994; M. Volpi, *Stato federale e Stato regionale: due modelli a confronto*, en *Quad. cost.*, 1995, 367 y ss.; S. Gambino (ed.), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Rimini, Maggioli, 1998; Id. (ed.), *Regionalismo, federalismo, devolution. Competenze e diritti. Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Milano, Giuffrè, 2003; F. Pizzetti, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, con saggi di M. Comba, J. Luther e A. Poggi, Torino Giappichelli, 1998, ed. agg.; G. Bognetti, *L’evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, en A.M. Petroni (ed.), *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, Mulino, 2001, 19 y ss.; B. Baldi, *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2003; C. Buzzacchi, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, Giuffrè, 2003; M.P. Viviani Schlein, E. Bulzi, L. Panzeri (ed.), *L’Europa tra federalismo e regionalismo*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Caciagli, *Regioni d’Europa, Devoluzioni, regionalismi, integrazione europea*, Bologna, Mulino, 2003; E. Carloni, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, Giappichelli, 2004; V. Piargigli (ed.), *Federalismo e devolution*, Milano, Giuffrè, 2005; A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico. Federalismo e regionalismo*, Torino, Giappichelli, 2005, 2ª edición.

En la literatura de la lengua española ver, por todos, K.S. Rosenn, *El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva*, V Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, México, UNAM, 1998; F. Fernández Segado, *El federalismo en América latina*, UNAM- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 2003.

Ver, además, entre las recientes contribuciones, R.L. Watts, *Comparaison des régimes fédéraux*, Kingston-Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2002, 2ª edición.; W. Swenden, *Federalism and Regionalism in Western Europe. A Comparative and Thematic Analysis*, Basingstoke, Palgrave, 2006.

la desconcentración de la burocracia mediante delegación administrativa y por la forma máxima del vínculo confederativo entre entes estatales soberanos son pocas veces frecuentes, mientras que son abundantes las posiciones intermedias ocupadas por las variadas formas de federalismo y regionalismo.

Rechazada la preferencia por el Estado unitario en las nuevas democracias constitucionales pluralistas de Europa centro-oriental², y en fases de crisis también en países de extremo Oriente, como se evidencia, además, por la creación de Regiones Administrativas especiales (RAS) y de Zonas Económicas Especiales (ZES) en la República popular china³, el esfuerzo por profundizar los conocimientos de parte de los comparatistas públicos tiende a concentrarse en las líneas constitucionales del Estado compuesto, denominado también autonómico tras la estela de la influencia ejercida por el sistema español.

Desde el punto de vista de la clasificación el encuadramiento del Estado compuesto suscita incertidumbre, por la gran variedad de modelos de ordenamientos ofrecidos por la experiencia comparada.

La organización plural del Estado compuesto, en contraposición con la estructura concentrada del poder en el Estado unitario, ha sido considerada como la que nos lleva a la problemática de las formas del Estado, siendo ésta la clave interpretativa prevaeciente en la doctrina jurispudicista. No obstante, según las direcciones del pensamiento minoritario, no llevaría a la temática de los tipos de Estado o sino a la de las formas de gobierno⁴. La primera construcción determina el modelo conformado por el Estado de las autonomías como regla organizativa de la distribución de competencias que se refiere a la relación entre el aparato estatal y la sociedad civil; la segunda desarrolla la perspectiva de la descentralización político-institucional en el interior del Estado en forma transversal a la clasificación de las formas estatales, en el sentido de que la repartición vertical del poder entre los niveles de gobierno (y auto gobierno) territorial aparece compatible no solamente con la estructura del estado liberal democrático, propio de la tradición jurídica occidental, sino también con formas de Estado de signo diverso y opuesto, como se verifica para los Estados autoritarios o incluso totalitarios, abstractamente idóneos a acoger fórmulas de organización del poder inspiradas en la descentralización del mismo poder⁵; la tercera implica una renovación de las categorías ordenantes de la ciencia iusconstitucionalista comparada, evaluando el carácter compuesto del aparato estatal no en relación a la sociedad sino más bien con el contexto institucional de la repartición vertical del poder entre los niveles político-administrativos y territoriales del Estado⁶.

Desde el punto de vista de la metodología clasificatoria del derecho constitucional comparado, sea cual sea la concepción más correcta de acuerdo con la naturaleza del

2 Ver por ejemplo. J.-P. Massias, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, Paris, PUF, 1999.

3 Ver. M. Mazza, *Lineamenti di diritto costituzionale cinese*, por publicarse.

4 Sobre el tema, ver. M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2004, 2ª ed.

5 Sobre la base, por ejemplo, de factores étnico-territoriales; se consideran, al respecto, las experiencias (históricas) de la ex URSS y (actual) de la China Popular.

6 Todo esto, naturalmente, limitando el análisis al aspecto estrictamente jurídico-constitucional de la fenomenología federalista o regionalista de los entes estatales, prescindiendo por lo tanto de reflexiones de carácter politológico que impulsarían a tomar en examen los aspectos de la descentralización denominada decorativa, cosmética o de fachada que encuentran momentos significativos de emersión en la América central y meridional, como también en el África subsahariana (Etiopía, Nigeria), así como, en clave histórica, con referencia al orden de algunos Países del Este europeo y de Eurasia (URSS, Checoslovaquia, Yugoslavia).

Estado compuesto, parece en todo caso plausible que, así como la separación horizontal de los poderes ha contribuido en el plano organizativo a garantizar la libertad de los ciudadanos, individuos o asociados, frente a las ingerencias estatales, del mismo modo, la separación vertical de los poderes en la estructura del orden del Estado compuesto es útil, más bien, es necesaria, para asegurar a los niveles sub-estatales territoriales de gobierno una esfera más o menos amplia de auto-administración y autonomía.

Si bien el proceso de gradual acercamiento de las formas estatales federales a las regionales aparece como una constante de la época contemporánea como resultante, por un lado, del reforzamiento del poder central por efecto de los movimientos centrípetos en el esquema de colaboración en el interior del Estado federal⁷ y, por otro, por la ampliación progresiva de los espacios de decisión a favor de las autonomías territoriales descentralizadas por efecto de impulsos centrífugos en el ámbito del Estado regional⁸. En todo caso, parece oportuno resaltar la coincidencia de ambos modelos de Estado compuesto en las características esenciales del modelo tradicional de reparto de las competencias legislativas, administrativas-ejecutivas y jurisdiccionales, así como de los recursos tributarios, en los dos diferentes modelos de organización de los poderes en el Estado compuesto.

En cuanto al poder legislativo, es una observación repetida que, en el Estado federal, éste venga repartido según un criterio que prevé la asignación de las competencias de las materias señaladas al legislativo por el Estado central, mientras que los poderes residuales corresponden a los Estados miembros. Dicho enfoque tradicional al problema del reparto de las competencias legislativas en las federaciones parece, sin embargo, sustancialmente válido, desde el momento que encuentra su fuente en el arquetipo histórico estadounidense y encuentra importantes confirmaciones en algunos ordenamientos constitucionales de Europa occidental (por ejemplo en Austria) y, recientemente, de la Europa oriental (por ejemplo en la Federación Rusa).

Se trata solamente de una primera evaluación sumaria, que luego va a ser desarrollada y articulada bajo la luz de la consideración de que el modelo original ha encontrado, en medida creciente, variantes y subtipos, a partir del dúplice elenco de las materias objeto de competencia ya sean del Estado federal como de los Estados miembros en la experiencia constitucional canadiense⁹, pasando por los modelos trilaterales basados en la distinción entre materias de legislación exclusiva federal, materias de legislación exclusiva de los Estados miembros (mediante el reenvío a la noción omnicompreensiva de los poderes legislativos residuales) y materias de legislación concurrente, hasta llegar a, todavía más, sofisticadas construcciones teóricas (muchas veces con problemas no indiferentes en el plano de la efectividad), como por ejemplo la Constitución brasileña de 1988, que contempla en el art. 23 una cuatripartición de las competencias comunes a la Unión Federal, Estados Federados, Distrito Federal y Municipalidades, así como, en el art. 24, el elenco de las materias de legislación concurrente de la Unión, de los Estados miembros y del Distrito Federal, correspondiéndole a la Unión la adopción, en dichos sectores, de las normas generales y dejando a salvo, en los mismos sectores, la competencia legislativa suplementaria de los Estados Federados y su competencia

7 Según el modelo del federalismo centralizado ver, por ejemplo, A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, cit., 4 y ss.

8 Según el regionalismo avanzado, a veces denominado neoregionalismo, que se sitúa al límite del federalismo en su versión *soft*. Ver G.F. Ferrari, *Il regionalismo a Costituzione invariata; lo stato dell'arte all'entrata in vigore del nuovo Titolo V*, en G.F. Ferrari, G. Parodi (cur.), *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Padova, CEDAM, 2003, 1 y ss.

9 *British North America Act*, arts. 91 y 92: cfr. M. Gobbo, *Costituzioni federali anglosassoni*, Torino, Giappichelli, 1994.

legislativa plena en hipótesis de inercia de la *União*¹⁰. En las otras federaciones latino-americanas (México, Const. de 1917), Argentina (1994) y Venezuela (Const. “bolivariana” de 1999), la disciplina súper-primaria sigue el esquema de la tripartición, con el reconocimiento a los legislativos federales de poderes implícitos, teniendo especial amplitud en el ordenamiento venezolano, en el cual viene enfatizada la legislación concurrente, reconducida a los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, responsabilidad compartida y subordinación¹¹.

Por otro lado, los Países de lengua alemana han elaborado, con relación a la disciplina de particulares y enumeradas materias¹², la distinción entre legislación básica de competencia de la federación y legislación complementaria o de desarrollo atribuida a los Estados federados. Esto se verifica típicamente en el sistema del derecho constitucional austriaco, que ha acogido parcialmente el modelo histórico weimariano, el cual a su vez distinguía las materias atribuidas a la legislación exclusiva y primaria del Estado central, de las asignadas a la legislación concurrente y subsidiaria de los Estados miembros. Con referencia al ordenamiento federal germánico contemporáneo, el espacio de la legislación concurrente está ocupado tanto por los órganos legislativos federales como de los actos legislativos emanados de las autoridades de los Estados miembros, con la ulterior particularidad representada por la facultad de los órganos federales de delegar el ejercicio de las competencias legislativas exclusivas del Estado central a los Estados constituyentes de la Federación.

El reparto del poder legislativo en el Estado federal conoce, además, múltiples formas de asimetría y diferenciación entre los diferentes niveles territoriales hasta rozar la hipótesis de cuasi-anarquismo federal, con superación (o abandono) del principio de uniformidad en la atribución de las tareas y de los poderes legislativos a las unidades estatales constituidos en el interior del Estado compuesto¹³, mientras que generalmente se le reserva al Estado central el ejercicio de los poderes legislativos implícitos así como se le asegura la cláusula de supremacía, de la ley de rango federal sobre la de rango estatal. En la forma de Estado (o tipo de Estado, o forma de gobierno, según la opción conceptual que se pretende preferir) regional el reparto de las competencias viene marcado —como es conocido— por la atribución de las materias elencadas a la potestad legislativa de los entes regionales, con eventuales determinaciones de sectores destinados a ser regulados de manera concurrente por los órganos legislativos central y regional. El cierre del sistema se garantiza por la atribución de las competencias legislativas residuales al Estado central. No obstante, si en un Estado regional las competencias se repartieran de forma distinta, es decir, al estilo de los sistemas federales (como ha sucedido en Italia por efecto de la reforma del Título V de la Parte II de la Constitución aprobada con ley

10 P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Mahleiros, 2004, 15ª ed.

11 Art. 165 Cost. 1999: cfr., especialmente, A.R. Brewer-Carías, *La Constitución de 1999 comentada*, Caracas, Arte, 2000. Sobre el reparto de las materias en las constituciones iberoamericanas ver, por todos, F. Fernández Segado, *El federalismo en América latina*, México, UNAM, 2003, 83 y ss.

Ver también el amplio y complejo sistema de poder normativo multinivel en el modelo post-*apartheid* sudafricano, suspedido tras el federalismo débil (o quasi-federalismo) o regionalismo de inspiración federal, en R. Orrù, *La Costituzione di tutti. Il Sudafrica dalla segregazione razziale alla democrazia della «rainbow nation»*, Torino, Giappichelli, 1998; y F. Venter, *Aspects of the South African Constitution of 1996: An African Democratic and Social Federal Rechtsstaat?*, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997, 51 y ss.

12 Conforme al paradigma constitucional germánico, ahora recepcionado sobre el punto en la estructura del ordenamiento de Rusia post-soviética.

13 Ver por ejemplo, R. Bin, *Del federalismo asimétrico all'italiana e di altri mostri della fantasia costituyente*, en *Le Regioni*, 1997, 227 y ss.; F. Palermo, *Federalismo asimétrico e riforma della Costituzione italiana*, *ivi*, 1997, 291 y ss.; S. Ventura, *Federalismo e nazionalismo: il federalismo asimétrico*, en *Riv. ita. sc. pol.*, 2004, 405 y ss.

const. n. 3 del 2001 y completada por la ley de actuación denominada “La Loggia” n.131 del 2003, con la consecuente atribución en vía exclusiva de diecisiete materias a la competencia legislativa de los órganos estatales ex art. 117, c. 2, letra a)-s), Const., seguida, al párrafo 3, por la determinación de sectores de competencia legislativa concurrente del Estado y de las Regiones así como integrada, en el párrafo 4 por la misma norma, de la atribución a los entes regionales de las competencias legislativas residuales¹⁴), no implica la necesaria translación de la total estructura del modelo regional al federal, encontrándose de este modo una primera significativa confirmación de la progresiva convergencia de las tendencias evolutivas de los dos paradigmas en el plano de la distribución de las competencias legislativas.

Con referencia al reparto de las funciones administrativas, los dos modelos fundamentales en el Estado federal son, por un lado, el de los Países anglosajones, que prevén el paralelismo en la repartición de las competencias legislativas y administrativas, y por el otro el de los Países de lengua alemana, los cuales en cambio atribuyen las competencias administrativas en medida prevaleciente a los Estados miembros, también en cuanto se refiere a la actuación de las normas primarias de fuente federal, como sucede típicamente en los ordenamientos germánico¹⁵ y suizo¹⁶, respecto de los cuales se habla, en efecto, habitualmente de federalismo administrativo o de ejecución. La tendencia expansiva de la esfera de atribuciones en materia administrativa se verifica también en la evolución de los Estados regionales como, entre otras cosas, se ve en la mencionada reforma constitucional italiana del 2001 sobre todo por medio del encargo de las funciones reglamentarias a las Regiones, también en las materias de concurrencia legislativa¹⁷, y a través del reforzamiento, bajo la llave de la subsidiariedad vertical, de las competencias administrativas devueltas a las unidades locales, las Comunas¹⁸.

Un elemento de relevante diferenciación entre el modelo federal y el regional, transversal a la configuración de los poderes legislativo y ejecutivo reside, más bien, en el hecho de que en el primero las comunidades territoriales intermedias encuentran normalmente un espacio, predeterminado en los textos constitucionales, para la representación ya sea en los órganos legislativos de la Federación o en los Ejecutivos centrales, mientras que no sucede lo mismo en la generalidad de los ordenamientos de matriz regional, dejando a salvo las hipótesis de regionalismo reforzado con la previsión de una segunda Cámara donde tienen sede los exponentes de los entes regionales¹⁹.

Un ulterior elemento de distinción entre los ordenamientos federales y los regionales se encuentra en el aspecto de la organización judicial, desde el momento que la estructura binaria de los órganos que administran la justicia en los Estados federales no se encuentra habitualmente reproducida en los sistemas judiciales de los Estados regio-

14 El modelo de nueva experimentación en Italia sobre el reparto de la potestad legislativa entre los niveles estatales y regionales se encuentra en estado de evolución por efecto de la ulterior reforma constitucional aprobada el 16-11-2005 por el Parlamento nacional (G.U. n. 269 del 18-11-2005), ahora en espera del resultado de la votación en referendum previsto por el art. 138 Const.

15 Arts. 83 y 84.

16 Art. 3 Const. del 1999, sobre el cual A. Reposo, *La revisione della Costituzione federale svizzera*, Torino, Giappichelli, 2000.

17 Art. 118 modificado.

18 Arts. 117, c. 6 y 118.

19 Se recuerdan con este proposito los ejemplos de participación de los Estados miembros en la formación del Ejecutivo federal en los ordenamientos de Suíza, Canadá y Australia, además de la ex-URSS (ver sobre el punto A. Reposo, *Profili dello Stato autonomico*, citada, 65 y ss.). Ver por ejem. S.Gerotto, *La partecipazione di Regioni e Cantoni alle funzioni dello Stato centrale. Gli ordinamenti italiano e svizzero a confronto*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2003, sobre todo, 118 sgts.

nales, donde es regla general que los órganos jurisdiccionales sean creados y puedan operar solamente, en base al derecho estatal nacional, en el marco institucional del mismo²⁰. Sin embargo, también desde este último punto de vista un factor de, al menos, parcial acercamiento entre los modelos federales y regionales está determinado en el control judicial de constitucionalidad y en la resolución de conflictos de atribución entre poderes del Estado, ya que se trata, tanto en los ordenamientos federales como regionales, de funciones de naturaleza jurisdiccional deferidas a los jueces ordinarios en los sistemas de control difuso de constitucionalidad o bien a específicos órganos de garantía como son los Tribunales y las Cortes Constitucionales, instituidos para ejercer el control concentrado de constitucionalidad²¹.

Pero la atenuación de la brecha entre los módulos organizativos de las funciones jurisdiccionales en los Estados federales y en los Estados regionales es solamente parcial, en cuanto que los órganos de la justicia constitucional se colocan, por lo menos en los sistemas concentrados de control de la constitucionalidad (y de arbitraje entre los poderes centrales y locales, así como entre poderes periféricos), fuera de la pirámide de los órganos del poder judicial y del aparato de la magistratura ordinaria.

Por último, con relación al reparto de los recursos financieros en los Estados compuestos²², la forma del Estado y el ordenamiento constitucional influyen sobre el orden de las relaciones intergubernamentales en el sentido de su conformación según el modelo denominado concurrente /competitivo o según el modelo denominado cooperativo/coordinado/paritario entre los niveles (central y subcentrales, estos últimos locales y regionales), pero sin que dicha influencia se manifieste como factor de distinción entre organización federal o regional de los poderes estatales. En efecto, se revela comúnmente que ya sea la potestad impositiva así como la potestad normativa concierne la disciplina de la relación circunstanciada impositivas se modulan diferentemente en correspondencia de su atribución a más niveles de gobierno o a uno solo. Si existe en la base una elección constitucional para la separación, absoluta o relativa, de dicha potestad, la determinación del monto de las fuentes tributarias es competencia del Estado central y de los Estados miembros en el Estado federal, así como del Estado central y de las Regiones en el Estado regional, sobre la base del criterio de la competencia fiscal entre los dos niveles. En cambio, si subsiste la opción de la Carta constitucional a favor de la unidad de las potestades impositiva y normativa, normalmente referidas al nivel superior del Estado central ya sea en el modelo del Estado federal así como el del Estado regional²³, sobre la base del criterio de la vinculación fiscal entre los dos niveles, la medida del reparto financiero tendrá como *dominus* un único nivel de gobierno²⁴.

20 Ver el análisis de F.G. Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003.

21 Ver, entre otros, L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1998; F. Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Bologna, Libreria Bonomo, 2003; Id., *La faillite de la bipolarité «modèle américain – modèle européen» en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2004, 471 y ss., así como el clásico estudio de M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968.

22 Sobre los perfiles constitucionales de las relaciones financieras intergubernamentales en Italia, ver P. Giarda, *Regioni e federalismo fiscale*, Bologna, Mulino, 1995; V. Atripaldi, R. Bifulco (ed.), *Federalismi fiscali e Costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2001. Ver también A. Jörg, *Finanzverfassung und Föderalismus in Deutschland und Schweiz*, Baden Baden, Nomos, 1998; P. Molander (ed.), *Fiscal Federalism in Unitary States*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2004; J. García Morillo, P. Pérez Tremps, J. Zornoza Pérez, *Constitución y financiación autonómica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

23 A pesar de ser concebible, en abstracto, la devolución unitaria de las potestades en examen a nivel inferior de los Estados miembros de la Federación o de las Regiones en los Estados regionales.

24 Dejando a salvo, en todo caso, los vínculos eventualmente previstos por la ley fundamental.

En conclusión, los modelos ideales típicos de separación o unidad de las potestades impositiva y normativa son expresiones de tendencia general que se presentan en la experiencia concreta comparatística en formas variablemente híbridas o mixtas. Además, se debe constatar que la disciplina constitucional de las relaciones intergubernamentales de carácter financiero manifiesta una sustancial indiferencia frente a la contraposición Estado federal- Estado regional. Mientras que, por el contrario, es de decisiva importancia la distribución de competencia y potestad entre los niveles Federación – Estados miembros o entre los niveles Estado central – Regiones.

2. La contraposición clásica entre federalismo y regionalismo, que pierde nitidez en los contornos ya sea bajo la luz del enfoque clasificatorio de tipo estático, centrado en la organización, ya sea en la óptica evolutiva propia de los análisis dinámicos²⁵, parece readquirir en cambio alguna semejanza importante si es encuadrada en la perspectiva de la inclusión de los sistemas estatales a conformación federal o regional en agregaciones de ordenamientos de área continental, del tipo representado por la Unión Europea o, en América Latina, por el MERCOSUR²⁶.

Al inicio de los años 90 del siglo pasado, muchos autores aventuraron, algunos con prognosis formulada en clave de ciencia de la administración²⁷, otros en términos casi del milenio²⁸, que el proceso de reforzamiento de las instituciones europeas en la dirección, aunque lejana y no del todo cierta, de una clase de federalismo continental, habría significado una progresiva erosión de la soberanía históricamente propia de los Estados territoriales nacionales, con creciente transferencia de capacidad política hacia lo alto, a las instituciones europeas, y hacia abajo, en la dirección de las unidades sub-estatales. Estos desarrollos habrían favorecido una especie de disolución de los Estados a favor de realidades regionales de tendencias homogéneas y fuertes, capaces de dar vida a un regionalismo sustancial, en el cual la búsqueda de un orden democrático, identificado en las libertades de los individuos y de las comunidades y vigilado por la ciudadanía europea, se realizase gracias a la disminución de la abstracción estatal y al surgir de unidades regionales robustas y dinámicas protagonistas activas de la nueva Constitución europea, fundadoras de la Europa de las Regiones. Algunos años más tarde, visiones como la apenas expuesta han encontrado formulaciones menos utópicas y más orientadas hacia el lado económico de la así denominada “*sandwich thesis*”, según la cual, la fuerza de las autonomías regionales, por un lado, y el crecimiento de las instituciones europeas, por el

25 Jefe de la saga de los cuales, como es conocido, es C. J. Friedrich, *Trends of federalism in Theory and practices*, New York., Praeger, 1963.

26 Se pretermiten necesariamente numerosas ulteriores angulaciones clasificatorias, que podrían contribuir significativamente a la clasificación de los federalismos y de los regionalismos y contribuir a aclarar sobre la entidad del acreamiento y de la hibridación entre ellos: así por ejemplo el de los procedimientos de revisión constitucional y de la participación a las mismas por las unidades subestatales, sobre las cuales por ejem. T.Groppi, *Federalismo e costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Milano, Giuffrè, 2001; el de la posición de las autonomías locales, sobre la cual por ejem. A.Truiuni, *Federalismo e regionalismo in Italia e in Europa. Centro e periferie a confronto*, Padova, Cedam, 2001, así como A.Delcamp, J.Loughlin, *La décentralisation dans les États de l'Union européenne*, Paris, La documentation française, 2002, y en la doctrina italiana T.Groppi, *La garanzia dell'autonomia costituzionale degli enti locali*, en *Le Regioni*, 1998, 1021 sgts.; el de la presencia de la fuerza axiológica y organizativa del principio unitario, sobre el cual *La definizione del principio unitario negli ordinamenti democratici*, curado por G.Rolla, Torino, Giappichelli, 2003; por último, aquel, de la capacidad de gobierno de la economía en los ordenamientos compuestos, a lo cual está dedicado por ejem. *Governo dell'economia e federalismi. L'esperienza sudamericana*, curado por L.Cassetti y C.Landa, Torino, Giappichelli, 2005.

27 Como G. Rossi, *Stato Regioni e Unione Europea*, en *Le Regioni*, 1992, 903 y ss. Ya en precedencia S. Cassese, *États, Regions, Europe*, en *Puvoirs*, 1981, 20 y ss.

28 Como G. Berti, *Regionalismo europeo nella prospettiva del trattato di Maastricht*, en *Le Regioni*, 1992, 1203 y ss.

otro, determinarían una especie de fin del Estado²⁹, con competencia directa para los recursos entre comunidades sub-estatales.

De Maastricht a la fecha parece evidente que estas previsiones no son destinadas a realizarse, ni en la versión visionaria, ni en aquella económico-competitiva. Más bien, ha venido tomando cuerpo la reconstrucción de la *governance* en conjunto en Europa como *network* articulado sobre cuatro niveles (con inclusión del gobierno local), en el cual el tercero, el regional, se caracteriza por una fuerte heterogeneidad social, económica, política, institucional: la *multilevel constitution*³⁰ se funda también sobre un significativo papel de las entidades infra-estatales, en una interacción dinámica e inestable, en la cual la nivelación sobre equilibrios no precarios requerirá tiempo y desarrollos institucionales incrementales, típicos de la historia de las instituciones europeas, que no son absolutamente pacíficos, como ha demostrado la no ratificación del texto de la que había venido presentándose como la Constitución europea.

En este cuadro interactivo no consolidado, sin embargo, podría enunciarse, si bien en términos burdos y mercedores de continuas verificaciones, la constatación de que los ordenamientos estatales con base federal han registrado una mejor aptitud para la participación y la representación de las unidades sub-estatales, respecto a aquellos ordenados sobre el modelo regional. Y esto a pesar de que las reglas del sistema europeo sean homogéneas y que el impulso a la descentralización, que puede venir de las políticas europeas, haya sido relativamente uniforme. Antes de Maastricht, era usual constatar cómo el reforzamiento de la unificación europea había favorecido la erosión de las competencias de las administraciones regionales y/o locales o, al menos, hubiese permitido a las autoridades estatales moverse instrumentalmente para obtener dicho resultado³¹.

Todos los ordenamientos europeos con estructura compuesta habían reaccionado no solamente con adecuaciones organizativas y de procedimiento introducidas a nivel central, sino también con un reforzamiento de las formas de participación en los procesos de producción del derecho comunitario no limitado a los órganos constitucionales, sino extendido a la relación entre centro e instancias sub-estatales. Así, en Gran Bretaña, los *Secretaries of State* para Irlanda del Norte, Escocia y Gales, después del fracaso de la primera tentativa de *devolution* en 1978, habían adquirido mayor peso en las uniones gubernamentales, mientras que había sido reforzado el *European Secretariat del Cabinet Office*.

En Francia, el art.62 de la ley de 2 marzo de 1982 había permitido a los Consejos regionales activar contactos directos con unidades territoriales extranjeras, con autorización del Gobierno, y con la circular de 12 de mayo de 1987 se había admitido la instauración de contactos de las Regiones con la Comisión, aunque no con el Consejo.

En Bélgica, las leyes del 8 y 9 agosto de 1980, para completar la reforma constitucional de 1970, habían autorizado a los tres grupos lingüísticos a participar con representación de los propios Ejecutivos en los negociados de acuerdos internacionales y en línea de principio también a la formación de directivas; además, la delegación belga estaba conformada en modo tal de incluir representaciones regionales, al menos

29 A.S. Milward, *The European Rescue of the Nation State*, London, Routledge, 1992; M. Mann, *Nation-states in Europe and Other Continents: Diversifying, Developing, not Dying*, 122 *Daedalus* 115 (1993). K.-J.Nagel, *Transcending the National/Asserting the National: How Stateless Nations like Scotland, Wales and Catalonia React to European Integration*, 50 *Australian J. of Politics & History* (2002), 57 sgs.

30 Sobre los cuales ver, por ejemplo, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, 36 *Comm. Mkt. L. Rev.* 703 y ss. (1999); I. Pernice, R. Kamitz, *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, paper, Humboldt Universität, Berlin, März 2004.

31 Ver G.F. Ferrari, *La partecipazione delle Regioni alla produzione del diritto comunitario dopo Maastricht*, en *Le Regioni*, 1992, 1247 y ss.

para las materias de competencia exclusiva, así como el Comité intergubernamental activo ante el Consejo y la Comisión.

En España, la participación regional en la fase ascendente había sido construída en vía de interpretación sistemática sobre el denominado bloque de constitucionalidad para defender constructivamente el conjunto de competencias exclusivas y no señaladas en los arts.148 y 149 Constitución. Los estatutos habían introducido el derecho a la información sobre los tratados, convenciones y proyectos de legislación referidos a específicos intereses de las Comunidades Autónomas y, en algún caso (estatuto de las Canarias, art. 37.1), se había reconocido la necesidad de una opinión; el Tribunal Constitucional había reconocido la existencia de un *deber general estatal* independiente de la expresa previsión estatutaria (STC. 4.5.1982, n.18), también en nombre de la cooperación intergubernamental que deriva del valor de la *coordinación* como principio de la acción administrativa (STC. 5.8.1983 y 29.11.1988); en 1988 había sido instituida la *Conferencia sectorial para asuntos relacionados con la CE*; los acuerdos del 26 de noviembre 1990 habían llevado a la coordinación de las ayudas comunitarias y estatales a las instancias territoriales sub-estatales y a la intervención de las Comunidades autónomas ante la Corte de Justicia; por último, el art.62 de la ley de marzo de 1992 había permitido a las Comunidades autónomas el contacto directo con la Comisión, aunque no con el Consejo.

En cuanto a Alemania, el ordenamiento alemán había ido bastante adelante en el camino hacia la participación de las unidades territoriales sub-estatales en la producción del derecho comunitario, sobre la base de la larga experiencia de formas de colaboración entre *Bund* y *Länder*: el *Länderbeobachter*, nominado inicialmente por la Conferencia de los Presidentes de Land y luego designado a ella por la Conferencia de los Ministros de la Economía, existe desde 1956 y después del *Abkommen* del 27.10.1988 fue definido expresamente órgano de los *Länder* en la Presidencia del *Bundesrat*, con los gravámenes a cargo de los *Länder* por dos terceras partes en razón de las entradas tributarias y por un tercio en razón de la población. Esto presta auxilio al *Bundesrat* en el ejercicio de las prerrogativas previstas en el art.2 del Acta única y al art.27 de la ley 27.7.1957, informa a los *Länder* de los desarrollos mas importantes del derecho comunitario, asiste a las sesiones de los órganos comunitarios, participa a la delegación alemana y asiste a los representantes de los *Länder* en la delegación, pudiendo también sustituirles en caso de retardo en los nombramientos, censa la posición de los *Länder* relevando eventuales mayorías, mantiene contactos directos con los órganos comunitarios y transmite las relativas informaciones integrantes al *Bundesrat* y al Gobierno federal. El deber de información de los *Länder*, puesto a cargo del *Bund* ya desde el art. 2 de la ley 25.2.1957 de autorización a la ratificación del Tratado de Roma y desarrollado por los acuerdos de *Lindau* del 27.10.1957, venía ampliado con la máxima posible anticipación, y además venía afirmada la necesidad del previo consentimiento de los *Länder* para la adhesión alemana a medidas comunitarias comprensivas de su competencia exclusiva. Esta línea operativa y de leal colaboración (o *Bundestreue* en las palabras del Tribunal federal -S. 26.3.1957), nacida a la praxis después de 1964, admitida en un acuerdo informal en 1979 entre el entonces Canciller Schmidt y la conferencia de los Presidentes de Land, había sido legislada desde la ley 19.12.1986 de ratificación del Acta Única. Por último, desde 1985 cada *Land* había procedido a abrir sus propios burós en Bruselas con el objeto de recoger información y para desarrollar actividad de lobby.³²

32 El punto de la situación aproximadamente después de Maastricht fue hecho prolijamente por A. D'Atena (curado por), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, Giuffrè, 1994. En cambio, un balance casi un decenio después, en *Unione europea e autonomie regionali*. Prospettive per una Costituzione europea, a cura di R.Scarciglia, Torino, Giappichelli, 2003.

2.2. Maastricht imprime no solo una marcada aceleración del proceso de reforzamiento de las instituciones europeas, sino también un pasaje crucial en la perspectiva de las entidades políticas sub-estatales, el que señala la transición, como se dice, del regionalismo funcionalista al institucional: son determinantes en particular la creación del Comité de las regiones como órgano consultivo del Consejo, de la Comisión y del Parlamento, formado por “representantes de las colectividades regionales y locales”, designados por el Consejo a propuesta de los Estados miembros (arts. 263-265); la facultad de insertar las regiones en las delegaciones nacionales ante el Consejo de ministros y ante el Comité de representantes permanentes (Coreper: arts. 203-207³³), en los comités de la Comisión y en los grupos de trabajo del Consejo. Estas innovaciones organizativas en la opinión prevalente³⁴ no han determinado un real viraje en el sentido de una mayor participación subnacional en el *decision-making* europeo. Y ni siquiera han producido este efecto, en el ámbito del reparto de los recursos, las disciplinas reglamentarias de los fondos estructurales introducidos por la Comisión a partir de 1988, que ciertamente han dado el inicio a formas de partenariado, pero dejando a los Estados definir al máximo a los *partners* subnacionales y, por lo tanto, han comenzado formas de competición para la financiación, también aunque una parte de la doctrina politológica haya intentado presentar este dato como el principio de una forma de “*third-level politics*”³⁵. Siempre en el ámbito de la reconstrucción del dato político, se ha empezado a hablar de *multilevel governance*³⁶ para resaltar el complejo interactuar de entidades públicas en una especie de retículo institucional, en contraposición al *intergovernmentalism* al que quisiera excluir cualquier sujeto diferente de los Estados de los circuitos decisionales. El Libro blanco sobre la *governance* europea del 2001³⁷ ha presagiado, en el plano de la racionalización de los procesos decisionales, una participación mas significativa de las realidades infra-estatales en la fase ascendente y una mayor diversificación de la actuación del derecho comunitario en la descendente, como también sucesivos pronunciamientos que tengan fuerza de *soft law* han sugerido figuras de partenariado entre órganos comunitarios, estatales y regionales³⁸. El mismo Tratado constitucional abortado en la mitad del 2005 habría innovado el existente, con referencia a la posición de las Regiones, solo para introducir la posibilidad para el Comité de las Regiones de recurrir ante la Corte de Justicia en la hipótesis de violación de las propias prerrogativas (art.365).

El espacio que las entidades subnacionales no han podido adquirir en la participación de la formación del derecho europeo ha sido sin embargo buscado en los respectivos ordenamientos, mediante ajustes organizativos y de procedimiento muchas veces constitucionalizados. Pues bien, bajo este frente, casi siempre los sistemas de tipo

33 Este dato viene normalmente obtenido por la sustitución en el texto del art. 146 de la fórmula “Cada Gobierno obliga a uno de sus miembros” con la mas genérica, “un representante de cada Estado miembro de rango ministerial”: ver por ejemplo G. Strozzi, *Diritto istituzionale dell'Unione Europea. Dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Torino, Giappichelli, 1998, 89 y ss.

34 Ver por ejemplo. C. Jeffery, *Conclusions: sub-national authorities and European domestic policy*, en C. Jeffery (ed.), *The Regional Dimension in the European Union. Towards a third level Europe?*, London, Cass, 1997.

35 Ver sobre todo U. Bullmann, *The politics of the third level*, in C. Jeffery, *The Regional Dimension*, cit., 3 y ss.

36 Como en L. Hooghe, G. Marks, *Multilevel Governance and European Integration*, Lanham, Maryland, Rowman and Littlefield, 2001. Una reconstrucción del pensamiento politológico en la materia, en síntesis en, M. Mazzoleni, *Le Regioni nel decision making europeo secondo il progetto della Convenzione: continuità o cambiamento?*, en *Le Ist. del fed.*, 2004, 149 y ss.

37 Comision, *La governance europea. Un libro bianco*, Bruxelles, COM 428 definitivo/2.

38 Ver Comision, *Communication. A framework for target-based tripartite contracts and agreements between the Community and regional and local authorities*, Bruxelles, COM 709 final, 2002.

federal han demostrado mayor capacidad de adaptación y de investigación de espacios decisionales respecto a los de tipo regional.

2.2.1. En cuanto se refiere a la presencia de los Estados miembros de sistemas federales ante las sedes institucionales de la Unión Europea, oficinas de representación de los *Länder* alemanes³⁹ y de los austríacos han sido rápidamente abiertos, aunque el *lobby* de los primeros venga desplegado en dirección no siempre unívoca, por causa de la extrema diferenciación socio económica regional seguida a la unificación: por parte de algunos de ellos en el sentido de la competición por los recursos en el mercado integrado y por otros hacia la redistribución de apoyos y subvenciones⁴⁰. Comunidades y Regiones belgas han evitado hacer lo mismo presumiblemente por la proximidad física de las oficinas comunitarias y por las posibilidades de servirse de la representación permanente estatal⁴¹.

La presencia de las entidades sub-estatales en el Comité de Regiones está disciplinada en los ordenamientos federales en manera tal de atribuir peso dominante al nivel de los Estados miembros: en Alemania los 24 miembros alemanes son nombrados por los 16 *Länder*, aunque tres están asegurados a las asociaciones representativas de los entes locales⁴². En Austria el nombramiento es gubernamental para los 12 componentes, pero 9 son propuestos por la Conferencia de Presidentes de los *Länder* y 3 por las asociaciones de los entes locales. En Bélgica los 12 puestos compiten a las unidades federadas en consideración de la articulación lingüística. Funcionarios de *Land*, expresión de una representación colectiva, pueden participar a las sesiones del Coreper en cuanto miembros de la delegación austríaca. Viceversa, Regiones y Comunidades belgas están dotadas de representación individual.

La migración hacia las instituciones europeas de fracciones de soberanía, con particular atención a prerrogativas de las unidades sub-nacionales, en los ordenamientos federales han recibido parcial compensación a través de derechos de participación a la formación del derecho europeo, sobre todo reconocidos formalmente a través de la revisión constitucional. Así, en Alemania, la nueva versión en clave europea del art.23 ha introducido derechos de información, de consulta, de codecisión o sustitución de la Federación por parte de los *Länder*, en correspondencia directa a la naturaleza de los poderes correspondientes a las entidades de segundo nivel según las reglas internas de subdivisión de las competencias afectadas por la normativa comunitaria; el *Bundesrat* (art.50) y eventualmente en los casos de urgencia su *Europakammer* (art.52) se convierten en el cruce de la participación a la producción normativa europea⁴³. En Austria el art.23d, integrado por los acuerdos entre *Länder* y entre éstos y la Federación, prescribe análogamente la conversión de las prerrogativas de los *Länder* perjudicados por la intervención normativa de Europa en derechos de participación proporcionales al tipo de competencia legislativa reconocida por el reparto interior, con un mayor énfasis en

39 En cumplimiento del Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union, EUZBLG del 12.3 1993, art.8.

40 K.-J. Nagel, *L'intervento delle Regioni nella politica europea. Un'analisi comparata*, en *Le Ist. del fed.*, 2004, 52 y ss.

41 Ver por ejemplo, B. Kerremans, *The Belgian Subnational Entities in the European Union: 'Second' or 'Third Level' Players?*, *J.Reg. & Fed. Studies*, 1996, 5, 41 y ss.; F. Delmartino, *Belgien in der Europäischen Union. Europapolitische Mitwirkungsrechte der Regionen und Gemeinschaften und nationaler Zusammenhalt*, en R.Hrbek (Ed.), *Europapolitik und Bundesstaatsprinzip*, Baden-Baden, Nomos, 2000, 143 y ss. En general, sobre el tema referido en el texto, ver G.Marks, R.Haesyly, H.Mbaye, *What Do Subnational Offices Think They Are Doing in Brussels*, en *Reg. & Fed. Studies*, 2002, 1 y ss.

42 EUZBLG, art.14.

43 Ver por todos F. Palermo, *L'ordinamento federale tedesco di fronte al diritto comunitario*, en DPCE, 1999, 1718 y ss.; R. Knöll, *Integrationsbedingte Rechtsprobleme der Kompetenzkompensation in den föderalen Staaten Bundesrepublik Deutschland und Österreich*, Frankfurt a. M., Lang 2000.

el papel de los ejecutivos de los *Länder* y un menor recurso a la centralidad del *Bundesrat*, representativo de los legislativos regionales⁴⁴. En efecto, ha sido creada una *Integrationskonferenz der Länder* (IKL), formada por los presidentes de los gobiernos regionales y por los presidentes de los legislativos regionales, sin derecho de voto, soportada por una comisión permanente constituida por funcionarios (*Ständiger Integrationsausschub der Länder*), que puede vincular al Gobierno federal decidiendo por unanimidad.

En Bélgica, por último, la necesidad de preservar los equilibrios de los grupos étnicos no determina, como en los sistemas de lengua alemana, una graduación de los procedimientos de codecisión según la intensidad de los intereses de las unidades sub-estatales involucradas, sino la participación directa de Comunidades y Regiones, ante la ausencia de significativos aportes en términos de coordinación por parte del Senado⁴⁵.

Por último, la representación directa de las entidades políticas sub-estatales en el Consejo de la Unión, hecha posible por el art. 203 del Tratado modificado en Maastricht, constituye la forma más plena y comprometida de participación en los mecanismos decisionales europeos, en cuanto puede significar la sustitución del Gobierno federal y la capacidad de comprometerlo externamente, si bien el enfoque a seguir en las negociaciones puede haber sido concertado con anterioridad. Los ordenamientos federales lo han aprovechado masivamente. Alemania, en base al art.23 párrafo 6 GG, recurre a la nominación de representantes de los *Länder*, nombrados por el *Bundesrat* y asistidos por un dirigente federal en sectores como el cultural y de la investigación, o de justicia e interior⁴⁶. Austria practica el mismo modelo, pero en versión más diluida, ya sea porque las competencias exclusivas de los *Länder* son mucho más reducidas, ya sea en cuanto que el representante regional debe venir al lado de un representante del Gobierno federal. En Bélgica, los acuerdos de cooperación de 1993 y 1994, seguidos a la reforma federalista de la Constitución, permiten la sustitución de los Ministros federales por parte de los regionales en relación con la naturaleza de prevalencia o exclusivamente sub-estatal de la competencia incida por las normas europeas en discusión, con complejos mecanismos de rotación periódica para salvaguardar el peso de las componentes étnicas, y previa coordinación de las líneas políticas a seguir.

En resumen, las unidades sub-estatales de los ordenamientos federales han utilizado en resumen el empuje propulsor de Maastricht para imprimir en los respectivos federalismos una connotación participativa, generando una tendencia que puede ser desigual en los tres sistemas considerados, en razón de las diversidades estructurales de ellos – en el caso alemán la identidad nacional es temperada por las diferencias socio-económicas y el *Bundesrat* asume la función de cruce, en el austríaco la tradicional homogeneidad política vuelve menos activo el nivel regional de gobierno y falta un fuerte órgano central claramente exponencial del enfoque federativo, en el belga la exasperada búsqueda de equilibrio entre las componentes étnicas impulsa el conjunto hacia elevados niveles de complejidad, aumentados por la necesidad de la unanimidad, que, sin embargo, surge con evidencia: los mecanismos organizativos y de procedimiento existentes han recibido progresivos afinamientos, muchas veces formalizados en

44 F. Palermo, *Integrazione europea e riforma costituzionale in Austria*, DPCE, 1999, 1733 y ss.

45 Ver F.Palermo, *Il Belgio. Un modello iper-razionalizzato di coinvolgimento degli enti substatuali nel processo decisionale in materia comunitaria*, en S.Ortino (ed.), *Elaborazione e attuazione del diritto comunitario. Valutazione delle esperienze comparate e proposte per l'Italia*, Quaderni dell'Accademia Europea di Bolzano, 1999, n.11, Bolzano, 47 y ss.

46 EUZBLG, art.6, párrafo 2: un análisis detallado de esta temática en J.Woelk, *La partecipazione diretta degli enti substatuali al processo decisionale comunitario. Considerazioni comparative*, Le Regioni, 2003, 588 y ss.

revisiones constitucionales y completados por acuerdos políticos, soportando una torsión evolutiva de un federalismo cooperativo en el cual los enlaces sirven para hacer fluidas las relaciones internas en una participación en la cual los mismos dispositivos valen para favorecer el aporte de los dos niveles de gobierno a la producción de las fuentes europeas, compensando eventuales reducciones de la autonomía regional tal y como se encontraba regulada con anterioridad. Dichos enlaces constituyen un *continuum* dinámico, en el cual son fungibles y concretan una verdadera y real red (*network*), conducido siempre solidamente por los Estados, pero con articulaciones que han contribuido a acreditar la fórmula de la *multilevel governance*.

No es un caso que la *grosse Koalition* alemana dirigida por Angela Merkel haya realizado una reforma constitucional que gira alrededor de la atenuación del papel del *Bundesrat* en función de la reducción de la complejidad global del sistema.

2.2.2. Muchos más débiles son los procesos transformadores verificados en los ordenamientos a conformación regional, como Italia y España. En España, los aspectos más interesantes del después de Maastricht son aquellos relacionados con la participación de las Comunidades Autónomas en las fases ascendentes –tanto en la dimensión participativa interna, que involucra Estado y CCAA, cuanto en la externa de participación directa a los procesos decisionales europeos– y descendiente del derecho comunitario.

En cuanto al primer aspecto, en 1994, en el plano de los circuitos parlamentarios, ha sido creada en el *Senado* la *Comisión General de las Comunidades Autónomas*, a cuyas reuniones, además de los senadores designados por la misma Cámara, pueden participar, aunque privados del derecho de voto, los senadores de nombramiento regional (art. 56bis 1, RS), los representantes de los ejecutivos regionales y el Gobierno central (art. 56bis 2, RS). El objetivo de la reforma era el de otorgar a la Comisión un importante papel de dirección política⁴⁷ así como informativo «sobre los procesos de adaptación normativa o actos de los órganos de la Unión Europea con trascendencia regional o autonómica» (art. 56 letra p) RS), en modo tal de introducir elementos efectivos de diferenciación del Senado respecto al Congreso.

En el plano gubernamental, las carencias estructurales de las Conferencias sectoriales⁴⁸ no han encontrado decisivas correcciones en la *Conferencia para los Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas* que, si bien había nacido informalmente en 1988, ha tenido un primer reconocimiento institucional en 1992⁴⁹, una sucesiva racionalización en 1994⁵⁰ y una definitiva disciplina legislativa sólo en 1997 (*Ley 2/1997*). Sobre la base del modelo alemán, el *Acuerdo del 1994* ha determinado en la *afectación competencial* el criterio guía de las relaciones Estado-CCAA en las cuestiones europeas

47 Como emerge del art. 56 RS en su globalidad; entre otras cosas, la ausencia de regularidad en la redacción del «informe anual» del cual la letra t) es indicativa del “éxito” de la reforma. En doctrina, ver A. Carmona Contreras, *La partecipazione degli enti territoriali ai processi di elaborazione ed applicazione del diritto comunitario: il caso spagnolo*, en *Le regioni*, 2002, 815 y ss.

48 Falta de continuidad temporal de los encuentros, voluntariedad de la presencia de los representantes regionales, poder de convocatoria en manos del Ministro, aplicación no homogénea de las decisiones causa su inidoneidad para vincular a las CCAA en disenso; sobre el plano de los procesos internos de transferencia de las competencias, un defecto de procedimiento es evidente ante la ausencia de procedimientos normativos que faciliten el logro de los acuerdos (ver A. Carmona Contreras, *obra. cit.*, 627-628).

49 *Acuerdo de Institucionalización de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas* del 28-10-1992

50 *Acuerdo de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas sobre la participación interna de las Comunidades Autónomas en los asuntos Comunitarios Europeos a través de las Conferencias Sectoriales* del 30-11-1994

as: a) si sobre una determinada materia la competencia corresponde en vía exclusiva al Estado, sobre éste grava solamente una genérica obligación informativa frente a las CCAA; b) si la competencia corresponde en vía exclusiva a las CCAA, éstas deben antes lograr una *posición común* que será *determinante* (y no vinculante) para la posición del Estado en los procesos decisionales comunitarios; si las CCAA no encuentran el acuerdo, el Estado queda libre de determinar su posición; c) en caso de competencia concurrente, es necesario lograr una doble posición común (entre las CCAA y entre éstas y el Estado) pero que «será determinante a efectos de fijar la posición negociadora inicial del Estado». En definitiva, el criterio de la *afectación competencial*, presenta un dúplice revés, pudiendo manifestarse ya sea como instrumento que facilita la colaboración, ya sea como instrumento que agrava la conflictividad⁵¹.

El balance de lo actuado por la *Comisión* a más de diez años desde su institucionalización no es muy estimulante, ya sea porque no se ha revelado como instrumento idóneo para actuar de fuerza centrípeta en la definición de una política europea concertada en el fragmentado sistema de las Conferencias sectoriales⁵² – y, por lo tanto, también como actor de referencia para seguir su desarrollo –, ya sea porque no ha logrado colocarse como actor de unificación respecto a las *Conferencias bilaterales* cuya razón de ser, encontrada en los *hechos diferenciales*, aparece incomprensible.

En el plano de la participación directa, aparte las descontadas consideraciones sobre el papel del Comité de las Regiones en el contexto europeo, la institución, en 1996, del *Consejero Autonómico* en el interior de la Representación Permanente del Estado en el Consejo de Ministros aparece genéticamente marcada, más que de la general y casi indeterminada competencia sobre cada cuestión de interés territorial⁵³, de los criterios de nombramiento y de control sobre el mismo a cargo del *Ministerio de Administraciones Públicas*⁵⁴. Desde el punto de vista jurisprudencial, cada consideración sobre lo actuado *ultra vires* de las CCAA también por intermedio de las varias *Oficinas* instituidas en Bruselas y sobre las pretensiones del *Lehendakari* de ser parte en las reuniones del Consejo de Ministros⁵⁵ está subordinada a las posiciones del

51 Indicaciones sobre las recientes evoluciones en E. Roig Molés, *La Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea en el año 2004*, en *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, Marcial Pons distr., 2005, 602 y ss., e Id., *La Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea en el año 2003*, en *Informe Comunidades Autónomas 2003*, Barcelona, Instituto de Derecho Público, Marcial Pons distr., 2004, 591 y ss.

52 Los motivos que preceden el *artículo* de la ley 2/97 explican la génesis y la institucionalización de la *Conferencia* como consecuenciales al «desarrollo del principio de cooperación», ya sea en la fase «de formación de la voluntad del Estado en el seno de las Comunidades Europeas» así como en aquella de la «aplicación del Derecho comunitario». En la doctrina, también para una reconstrucción de la posición de la CARCE respecto a las Conferencias sectoriales, ver. A. Mangas Martín, D.J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 3ª ed., 2002, 519, e I. de la Fuente Cabero, *La participación de las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, en *Rev. jur. de Castilla y León*, 2005, 81 y ss.

53 De conformidad con el primer párrafo del art. único del RD 2105/1996, la *Consejería* tiene «competencia única para relacionarse con las Oficinas de las Comunidades Autónomas en Bruselas y para canalizar la información hacia las Comunidades Autónomas, y con independencia de la información que corresponda realizar a las Conferencias Sectoriales, según lo dispuesto en el Acuerdo de la Conferencia de 30 de noviembre de 1994».

54 Art. único, c. 3, RD 2105/1996.

55 La aspiración de introducir *ministros regionales* en las delegaciones formadas ex art. 203 TCE ha marcado el debate político-institucional del último decenio desde la aprobación de parte del *Pleno del Senado*, en fecha 28-12-1994, de una *moción* en la cual se determinaba en la valoración de la experiencia hecha por las CCAA en las Conferencias sectoriales la base para cualquier discurso relativo a la participación directa. Recientemente, después del *Acuerdo* en el seno del CARCE del 28-12-2000 sobre la creación de un grupo de trabajo para el análisis de las cuestiones relativas a la participación autonómica a las reuniones del Consejo de Ministros, el Gobierno ha presentado, en fecha 13-12-2002, un *informe* a dicho grupo

Tribunal constitucional, en algunos casos de tímida apertura⁵⁶, en otros de resuelta recuperación⁵⁷ de una concepción en ciertos aspectos soberanista del Estado fundado tanto en los silencios de los arts. 93.1 y 94 Const. con relación al tema de participación directa, en cuanto a la onnicomprensiva visión de cuanto vaya a recaer en las «relaciones internacionales» de las cuales el art. 149.1.3. El TC aparece claramente dirigido sobre el camino de la distinción entre momento de formación y momento de ejecución, distinción que, partiendo de la cláusula muy amplia de adaptación automática del derecho interno⁵⁸, se funda en la obligación más que sobre la competencia⁵⁹ de las CCAA de dar ejecución a los tratados en general y al derecho comunitario. No obstante haber confirmado reiteradamente que la ejecución del derecho comunitario no altera el régimen interno de distribución de las competencias (SSTC 252/88, 76/1991, 115/1991, 236/1991), el Tribunal en algunos casos ha renegado la pretendida *Landesblindheit* de los reglamentos CEE reconociendo a las normas comunitarias, por ejemplo en tema de Fondos estructurales, la idoneidad a alterar el orden de las competencias estableciendo el rol primario del Estado en materia de ayudas y subvenciones (STC 79/1992). En esta última sentencia el TC ha proporcionado claramente una interpretación a favor del Estado de la *cláusula supletoria* prevista en el art. 143.3 C.E.⁶⁰, con un efecto de arrastre hacia lo alto de las competencias que limita potencialmente el rol de las CCAA en la fase descendente y proporciona al Estado una «válvula de seguridad»⁶¹ dotada de una buena dosis de generalidad.

Por último, en cuanto se refiere a las fases de “impulso” o ejercicio autonómico del *treaty-making power*⁶², es evidente que una interpretación plena y absoluta de la

de trabajo en el cual ha precisado claramente como en el sistema constitucional español no existe espacio para una participación directa y que la vía a recorrer, en todo caso, no puede ser sino aquella de una racionalización de la participación interna por intermedio de las *Conferencias*. En cuanto se refiere a la comitología y a las relaciones de la Comisión se reenvía, *ex multis*, a A. Mangas Martín, *La participación directa de las Comunidades Autónomas en la actuación comunitaria: fase preparatoria*, en P. Pérez Tremps (ed.), M.A. Cabellos Espiérrez, E. Roig Molés, *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, 535 y ss.; en el tema de *ius standi* de las CCAA ante los órganos judiciales comunitarios, se reenvía a I. de la Fuente Cabero, *obra citada*, 120 y ss.; en el tema de relaciones entre ordenamiento comunitario y ordenamiento interno ver J.F. Lopéz Aguilar, *Ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario: l'esperienza spagnola*, en *Quad. cost.*, 1998, 423 y ss., y A. Mangas Martín, *Comunità autonome e diritto comunitario in Spagna: un approccio generale*, en *Le Regioni*, 1992, 665 y ss.

56 Ver STC 165/1994: « [L]a dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 C.E., que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas» (STC 80/1993, fundamento jurídico 3, que se remite a las SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991). Recientemente, en las sentencias 45/2001 y 95/2001, el TC ha subrayado como al Estado no le pueda corresponder, de conformidad con el art. 93 Const, una competencia exclusiva en la actuación del Derecho comunitario. Para un completo análisis doctrinal se reenvía a F. Fernández Segado, *La riserva di competenza statale in materia di relazioni internazionali nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale*, en *DPCE*, 2005, 1479 y ss.

57 Ver STC 137/1989 en el cual el Tribunal ha interpretado la reserva de competencia estatal en términos tan amplios para equiparar el *ius ad tractatum* al *ius contrahendi*.

58 Ver J. Rodríguez Zapata, *L'esperienza spagnola dei rapporti tra lo Stato e le Comunità Autonome, in relazione al diritto comunitario europeo. Problemi*, en *Giur. cost.*, 1993, 671 y ss., especialmente 676.

59 STC 58/1982, pero también STC 44/1982, *fund. jur.* 4.

60 En sentido parcialmente diferente, ver. STC 118/1996

61 J. Rodríguez Zapata, *obra citada*, 683

62 Como referente empírico puede ser de ayuda el Estatuto de Galicia que, en virtud de una visión de las relaciones con el propio “pueblo” inspirado en la *Personalhoheit*, prevé, en su art. 35.3, que «A Comunidade Autónoma galega poderá solicitar do Goberno que celebre e presente, se é o caso, ás Cortes

reserva prevista en el art. 149.1.3 corre el riesgo de someter indiscriminadamente el principio autonómico al de la voluntad unitaria estatal, con caídas evidentes, en el terreno comunitario, sobre la idea circular de los procesos políticos, ya sea en términos participativos (ambas a lo largo de las dimensiones interna y externa), ya sea en términos de desarrollo legislativo/reglamentario, especialmente ante la ausencia de correcciones al potencial de “transversalidad” de la reserva.

El ordenamiento italiano ha registrado progresos bastante limitados en sentido devolutivo, a despecho de las dos revisiones constitucionales del 2001 y del 2005. En cuanto a la fase descendente, las leyes comunitarias (por ejemplo la ley n.146 de 1994, art.2.1, letra b; la ley n.52 de 1996, art.1, la ley n. 128 de 1998, art. 1.1, letra h; la ley n. 526 de 1999, art. 1, letra g) se han limitado a prescribir el respeto de los procedimientos previstos por el d.P.R.n.616 de 1977 e integrados por la ley “La Pergola”, n.86 de 1989.

La reforma del Título V de la Parte II ha llevado consigo la afirmación del principio de participación regional, según la naturaleza de la competencia legislativa poseída en el nuevo reparto, ya sea a las decisiones dirigidas a la formación de los actos normativos comunitarios así como a la actuación y ejecución de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión Europea en el respeto de las normas de procedimiento a determinarse por la ley estatal. El art. 6 de la ley n.131 del 2003 ha disciplinado expresamente la actuación y la ejecución directa por parte de las Regiones de acuerdos internacionales dejando salva la responsabilidad hacia el Estado. El art. 8 de la misma ley ha detallado en el plano del procedimiento el ejercicio de la potestad estatal de intervención sustitutiva para los casos de violación de las normas comunitarias, previsto por el nuevo art. 120.2 Const. Por último, la ley n.11 del 2005 (arts.5, 8 y 17) ha intervenido ulteriormente en la implicación de la Conferencia Estado-Región en los procesos ascendentes y descendentes de la integración europea. En línea de máxima, sin embargo, los pactos y los acuerdos logrados en la Conferencia no son obligatorios, según la Corte Constitucional, para el legislador estatal, mientras que la leal colaboración es considerada violada cuando el Estado intervenga con actos de valor no legislativo⁶³. El art. 2 de la ley n.11 asegura además la participación regional en el Comité Interministerial para los asuntos comunitarios europeos (CIACE).

La representación permanente de Italia ante la Unión Europea ha sido integrada por cuatro expertos nombrados por el Ministerio de relaciones exteriores previa designación de la Conferencia de los presidentes de Regiones o Provincias autónomas (art. 58, ley n.52 de 1996).

Los progresos más relevantes para las Regiones se han verificado, al menos en el papel, del lado del poder exterior, respecto al cual el art. 117.5 Const., en la versión del 2001, permite la conclusión de acuerdos con Estados y pactos con entes territoriales internos y otras realidades estatales, ya sea incluso en los casos y con las formas disciplinadas por la ley del Estado. La normativa de actuación está contenida en el art. 6 de la misma ley “La Loggia”.

Por finalizar, en cuanto se refiere a Gran Bretaña, después de la reforma de devolución de 1998 solo Escocia ha abierto una oficina de representación en Bruselas. Cualquier otro tipo de participación está disciplinado por medio de fuentes como

Xerais para a súa autorización, os tratados ou convenios que permitan o establecemento de relacións culturais cos Estados cos que manteña particulares vínculos culturais ou lingüísticos». Sobre el campo de la comparación, una referencia extrema es la Constitución argentina que reconoce a las Provincias, aunque con una serie de límites, el poder de «celebrar tratados» (arts. 126-127).

63 Ver por ejemplo las sentencias n. 437/2001, 383/2005, 31/2006.

memoranda of understanding y *concordats*: de hecho, el peso de los intereses regionales probablemente ha disminuido, considerando que los *Secretaries of State for Scotland, Wales y Northern Ireland* en el pasado representaban con alguna frecuencia al Gobierno británico *ratione materiae*, mientras que los ministros de los ejecutivos territoriales no pueden presidir la delegación, a pesar de participar ocasionalmente a las sesiones. De la representación permanente continúan siendo parte algunos funcionarios escoceses, ahora políticamente responsables en el Parlamento de Holyrood.

La experiencia comparada europea parece, en resumen, enseñar que las políticas económicas europeas pueden haber facilitado la descentralización en los Países miembros, activando mecanismos competitivos y favoreciendo la institucionalización de aquellos que para Europa son (han sido, al menos hasta Maastricht) casi solamente espacios de acción económica; que por el contrario el reforzamiento del centro europeo, generando la ampliación horizontal de las políticas comunitarias y de las conexas normativas, ha influido también en dirección vertical, permitiendo invasiones estatales de competencia antes concurrentes o exclusivamente sub-estatales; que la reacción de las unidades políticas sub-estatales se ha registrado por todo lado, pero que ha sido mas incisiva y productiva ahí donde la estructura federal se prestaba a una revitalización de institutos de procedimiento y organizativos existentes o a una suya heterogénesis de los fines, idónea a compensar la pérdida de potencia funcional con una recuperación de prerrogativas participativas en la fase ascendente, de la formación del derecho comunitario, y por lo tanto a hacer virar el federalismo cooperativo hacia una dimensión marcadamente competitiva en horizontal y participativa en vertical; que dicha reorientación total del sistema, a pesar de no poder ser presentada banalmente como una duplicación de la *Politikverflechtung* o una rearticulación en dirección biunívoca del *power-sharing* y del consiguiente *interlocking politics*, sin embargo le ha otorgado un nivel de complejidad al cual algunos sistemas federales podrían estar ante la inminencia de reaccionar con medidas de simplificación, salvo ahí donde las exigencias de la convivencia de grupos étnicos impedirían intervenciones de racionalización, como en Bélgica. Si medidas similares se moverán en el sentido de potenciar el *network* de las autonomías sub-estatales y tal vez también de potenciar las responsabilidades de éstas últimas en la fase descendente de actuación de las políticas europeas o viceversa en el de nuevos centralismos referidos a realidades estatales resistentes a la reestructuración, es obviamente demasiado pronto para decirlo. Pero lo que se puede revelar desde ahora es que la reacción de los sistemas federales y de los regionales a las presiones de la fuerza del derecho europeo han sido suficientemente diferentes para justificar el mantenimiento en uso de categorías que hasta hace no mucho tiempo parecían vacías de contenido efectivo y destinadas a la obsolescencia.⁶⁴

3. La experiencia latinoamericana, no obstante ser más circunscrita y menos diferenciada, parece reforzar el diagnóstico apenas formulado, al menos bajo la luz de un sumario examen macro-comparado, lo único posible, además, en una fase de tan rápidas transformaciones de los órdenes de ambas áreas continentales. Premisa necesaria de este intento de comparación es naturalmente que la experiencia del Mercosur no sólo es lejana y difícilmente asimilable en el plano cultural y jurídico-político del europeo, sino desfasada cronológicamente respecto a la última. Nacida sobre las cenizas del mundo anterior al 1989, y a sus espaldas un poco mas de un decenio de vida, habiendo sido puesta en marcha desde el Tratado de Asunción en marzo de 1991, ella representa un dato todavía incierto y atrasado respecto a los acontecimientos europeos: ciertamente se ha decidido al final a “levantar la bandera” frente al coloso estadounidense, pero en el

64 Como escribía por ejemplo G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 1981, 211; ver ahora la 5a ed. de la misma obra, 1999, 403 y ss.

lado institucional se connota todavía en prevalencia por la dimensión intergubernamental, y no ciertamente por el “mode communautaire”, por la configuración internacional más bien que por la supranacional, y por lo tanto no presenta, al momento, capacidad de valorizar en un mismo momento las razones de la unidad y las de la autonomía, en la perspectiva del posible declinar de los Estados nacionales con contextual doble devolución de atribuciones hacia el alto y hacia abajo. Seguramente ella puede contribuir al reequilibrio de la política y de la economía internacional, pero en el plano institucional inicia solamente ahora a abrir el espacio normativo de los Países miembros a las fuentes externas, al punto que todavía se discute la colocación de sus normas en los sistemas estatales que se adhieren, Brasil y Uruguay tienden a equipararlas a la ley ordinaria, Argentina y Paraguay las consideran que prevalece sobre las fuentes internas⁶⁵; además, la falta de un órgano judicial a presidir y cerrar el ordenamiento retarda la integración jurídica y obstaculiza la “visión jurídica”⁶⁶ que quisiera hacer evolucionar el sistema hacia la construcción de un ordenamiento supranacional⁶⁷; por último, es difundida la opinión que en el Mercosur no se verifican verdaderas y reales transferencias de potestades soberanas ni renunciadas de competencias estatales. Teniendo en cuenta esta premisa, si se confrontan en perspectiva diacrónica los siempre débiles federalismos ibero-americanos de la época anterior a la puesta en marcha del Mercosur con las vicisitudes de los sucesivos ordenamientos, no se puede dejar de revelar algún signo de despertar de la atención por las unidades sub-estatales, también si naturalmente toda la dinámica axiológica queda por descubrir, no siendo en absoluto descartado que haya sido la inserción en la nueva estructura intergubernamental la que haya generado algunas enmiendas respecto a un enfoque federalista no casualmente definido muchas veces centralista o unitario⁶⁸.

Así en Argentina la reforma constitucional de 1994 parece haber introducido elementos de cooperación entre Federación y Provincias (arts. 121 y sgts.); en México, a constitución invariada, el “Programa para un nuevo federalismo, 1995-2000” ha sido traducido en un decreto del 6 agosto 1997 que da inicio a un proceso de devolución de funciones a las entidades federales; en Venezuela la transferencia de funciones de los Estados ha sido iniciado por la Ley Orgánica de Descentralización y Trasferencias de Competencias del Poder Público del 28 diciembre 1989 y codificado aunque sin significativos avances por la nueva Constitución de 1999, la cual declara adoptar la forma definida Estado federal descentralizado (arts. 4 y 158)⁶⁹. Bajo el aspecto estatutario, la plena autonomía de las Provincias ha sido insertada en el art.123 de la nueva Carta argentina, mientras en Venezuela el art.164.1 afirma ahora la plena potestad organizativa de los Estados, aunque queda por verificar si, sobre el aspecto de la efectividad, la innovación sea sustancial.

La nueva disciplina constitucional venezolana introduce la atribución a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (art.336.9) de la competencia de dirimir

65 Ver en efecto M.A.R. Midón, *Derecho de la integración. Aspectos institucionales del Mercosur*, Buenos Aires, 1998, Rubinzal-Culzoni y recientemente *La postergada supranacionalidad en el ámbito del Mercosur*, expuesta en el Congreso de Milán, *Federalismi e integrazioni sopranazionali. Unione Europea e Mercosur a confronto*, 14-15 diciembre 2005.

66 Ver *Hacia la Institución de un Tribunal permanente de justicia, en defensa de la Constitución. Garantismo y controles*. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 2003.

67 Ver D.A. Sabsay, *La experiencia del Mercosur – Comparación con la Unión Europea*, expuesto en el Congreso de Milán, citado. Las controversias pueden encontrar soluciones mediante negociaciones directas entre Estados, con la intervención del Mercado Común y por último mediante procedimiento arbitral.

68 Ver para una síntesis F. Fernández Segado, *El federalismo en América Latina*, citada, 18 y ss.

69 Un cuadro sintético nuevamente en F. Fernández Segado, *El federalismo en América latina*, cit., 27 y ss.

conflictos entre órganos constitucionales, con inclusión de los verticales; en México la reforma de 1994 ha hecho activa en la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya sea la acción abstracta de inconstitucionalidad (art.105.II), ya sea los conflictos de atribución entre Federación, Estados y Derecho federal (art.105.I), mientras que en Brasil estos últimos son asignados al Supremo Tribunal Federal por el art.102 de la Constitución de 1988; en cambio en Argentina el control de constitucionalidad es difuso y por lo tanto no existe lugar para mecanismos reguladores de los conflictos centralizados.

Las cláusulas de competencia residual para todas las potestades no enumeradas expresamente para las Federaciones parecen sugerir con fuerza repartos de timbre federal clásico (Argentina, art.121; Brasil, art.25.1; Venezuela, art.164.11), y no faltan sectores de competencia sub-estatal protegidos por normas específicas (por ejemplo, Argentina, arts.124 y 125)⁷⁰. La competencia para la adopción de los códigos civiles, comerciales y penales queda a las Provincias en Argentina (art.126) y México, mientras que la Carta venezolana de 1999 reporta estas materias a la Federación.

Por ultimo, en el campo del federalismo fiscal, la Carta argentina de 1994 intenta poner orden en el sector de las entradas salvaguardando en línea de máxima la autonomía tributaria de las Provincias (art. 75) e institucionalizando la figura de la *ley-convencio*, instrumento de concertación aprobado por las Provincias individualmente y por ambas Cámaras por mayoría absoluta, para la disciplina del reparto de los recursos (art. 75, c. 2); en México hay muestras de re-orden fiscal que derivan del *Programa* de 1997, mientras que en Venezuela el art. 167 del texto de 1999 garantiza a los Estados una cuota del 20% de las entradas federales (“situado constitucional”) y el art. 185 crea un Consejo federal de gobierno como sede de la programación para la utilización de los recursos y para su distribución entre los niveles de gobierno⁷¹.

Sin embargo, no faltan indicaciones de tendencia contraria, como la supresión del Senado en la Constitución de Venezuela de 1999⁷², que debilita el completo edificio federal, aunque si podría explicarse al menos en parte con el citado reforzamiento de las técnicas judiciales de resolución de conflictos institucionales.

No obstante, dejando de lado cualquier reserva necesaria, ya sea de fondo sobre la naturaleza misma de los federalismos ibero-americanos bajo la luz de su enfoque originalmente de emulación y por su historia de aplicación, ya sea sobre la conformación de las organizaciones del área continental en la cual los respectivos ordenamientos nacionales están insertados, ya sea, por último, sobre la ausencia de modelos alternativos con carácter regional que puedan actuar de parámetro de las recientes transformaciones, algunos signos de resistencia al modelo federal por presiones centralistas que podrían derivar de la realización de ordenamientos internacionales y en perspectiva comunitaria de ámbito regional parece efectivamente verificable, si bien resulta paradójico que similares indicaciones puedan obtenerse de ordenamientos cuyos intérpretes viven las experiencias respectivas con la frustración de quien considera traicionado en los hechos el principio organizativo afirmado orgullosamente en términos de declamación.

4. Cualquier intento por extraer líneas de tendencia de un cúmulo de experiencias constitucionales y administrativas, divididas por una enorme variedad de factores jurídicos y extra-jurídicos, comenzando por la interferencia que deriva de la inserción de los sistemas estatales compuestos confrontados en estructuras internacionales y

70 Ver por ejemplo. H. Fix Zamudio, S.Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, citada, 930 y ss.

71 Los detalles en F. Fernández Segado, *El federalismo en América latina*, citada, 117-140.

72 Sobre lo cual ver todavía F.Fernández Segado, obra última citada, 82 y ss.

supranacionales a su vez involucrados en vicisitudes evolutivas complejas y a causalidad articulada, no puede sino incurrir en generalidades, obviedades, imprecisiones metodológicas y de hecho, errores de perspectiva diacrónica y sincrónica. A pesar de ello, el elevado margen de riesgo del trabajo del comparatista no lo exime del deber profesional de arriesgar la individualización de al menos algún fragmento de realidad, en espera de mas completas reconstrucciones del marco de la forma del Estado compuesto y de la relación entre unidad y descentralización, que una teoría democrática del siglo XXI⁷³ logre hacer surgir del intrincado de las instituciones económicas y jurídico-políticas de la globalización.

4.1. Una primera tendencia evolutiva de las autonomías sub-estatales, que se revelan, bien sea bajo formas bastante diversas, ya sea en Europa así como en América septentrional, es el de la asimetría política y organizativa de las unidades regionales⁷⁴.

El ordenamiento italiano ha sido precursor de esta orientación, con la atribución a cinco de sus Regiones de un status diferenciado, garantizado por leyes constitucionales, en la inmediata post guerra: el fundamento de dicha elección residía en la necesidad, garantizada por las potencias aliadas, de asegurar un status privilegiado a minorías dialectales, francesas, alemanas y eslovenas, en las tierras de confín, o en el esfuerzo de preservar la unidad frente a movimientos separatistas en las islas mayores.

Ha venido luego la experiencia española de 1978, con la atribución a las apenas constituidas Comunidades autónomas de la potestad de individualizar en los estatutos iniciales (art.147.2.a), y de ampliar sucesivamente (art.148.2 e 149.3) su propio radio de competencia, además de la facultad asignada a las Cortes (art.150.1) de diferenciar los poderes concedidos a las Comunidades en materias de competencia estatal, salvo los principios de base.⁷⁵

De poco anterior es la experiencia portuguesa, en la cual la asimetría está limitada al reconocimiento de un régimen político-administrativo autónomo a favor de los dos archipiélagos (arts. 225-234), sobre la base de las características geográficas socio-económicas y culturales de los territorios interesados.

Después de la caída de los bloques al finalizar la guerra fría, mientras las artificiosas federaciones del Este europeo se desintegraban, muchas veces al precio de limpiezas étnicas y de separaciones históricamente artificiales, la Europa occidental daba desahogos a nacionalismos adormecidos o a revisitaciones de los mismos, permitiendo que regímenes privilegiados viniesen reconocidos a entidades territoriales sometidas antes a disciplinas uniformes o semi-uniformes o que ordenamientos precedentemente regionales se desarrollasen hacia órdenes más marcadamente descentralizados, viniendo reorganizados en clave federalista. Este segundo caso es el de Bélgica, en el cual las dos revisiones de 1980 y de 1988/89 han sido seguidas por la ulterior reforma de mayo 1993, con la transición federal en la óptica étnico-lingüística y la consiguiente reestructuración de las instituciones del Estado federal y el ordenamiento de las autoridades

73 Deberá tratarse de un estudio de la época sobre la nueva democracia, similar a los célebres escritos de R.Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, Ill., University of Chicago Press, 1956 y *Toward Democracy: A Journey*, Berkeley, Cal., University of California, 1997.

74 O a la heterogeneidad, en la terminología de A. Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, London, Yale Univ. Press, 1984.

75 Sobre las novedades que siguieron a la revisión constitucional del 2004, cfr. J.Miranda, A autonomia legislativa das regiões autónomas após a revisão constitucional de 2004, *Scientia Iuridica*, 2005, 201 sgts. y Manual de direito constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 5ª edición., tomo III, 2004, 296 sgts.; J.Bacelar Gouveia, Manual de direito constitucional, Coimbra, Almedina, vol. II, 2005, 956 sgts.

fiscales, sobre la base de una asimetría múltiple, entre Comunidades, Regiones y Capital y entre grupos étnicos. El primero en cambio es el caso de la *devolution* británica de 1998, que ha significado la introducción de autonomías diferenciadas para Escocia y Gales, con el mantenimiento del régimen pre-existente para el territorio inglés. También el caso español nos lleva a la primera familia de sistemas, con las ampliaciones de autonomías reconocidas a las Comunidades autónomas de Cataluña y País Vasco, en razón de las peculiaridades nacionales que distinguen dichas regiones. La misma Francia, orgullosa depositaria del centralismo uniforme y de las fórmulas organizativas más típicas del derecho administrativo clásico, ha debido inclinarse progresivamente al autonomismo corso, aceptando al final, en el 2001, compromisos rechazados siempre en el pasado.⁷⁶ Por último, el ordenamiento italiano ha modificado radicalmente el Título V de la Carta Constitucional en el 2001, no sólo reconfigurando las autonomías regionales ordinarias y su relación con el Estado (arts.117 y 118), sino también confirmando las autonomías especiales y asegurándoles un tratamiento no inferior al ordinario (art.10 ley const. n.3 del 2001), y permitiendo que las Regiones ordinarias puedan ser enriquecidas con contenidos funcionales por mayoría absoluta por ambas Cámaras, a iniciativa de cada Región, escuchados los entes locales, sobre la base de específicos acuerdos entre Estado y Región (art.116.3).

Fuera del viejo continente, el principal ejemplo de asimetría está representado por el caso canadiense, por efecto ya sea de los mecanismos del *Constitution Act*, 1982, en el plano de las revisiones constitucionales y por el eventual *opting out* de una o más Provincias (art.38), ya sea por los acuerdos de Meech Lake del 1987 y de Charlottetown del 1992, en cuanto se refiere a la atribución de especiales tutelas al grupo francófono, ya sea finalmente por la introducción de disciplinas de particular favor para los pueblos autóctonos⁷⁷.

Con las únicas excepciones de los Estados Unidos y de América latina, en todo el mundo, o casi, la asimetría parece convertirse después de 1989 en la condición dominante en todos los ordenamientos compuestos, ya sea por el lado regional, ya por el de los federalismos de reciente formación como el belga o de mayor antigüedad como el canadiense, además de aquellos unitarios, como Francia y Portugal. Se generaliza de este modo una característica que, según la enseñanza tradicional, debía quedar extraña al modelo federal por la necesidad de agregar en el mismo realidades políticas homogéneas, aunque esas conclusiones así apodícticas no estaban justificadas siquiera en sede histórica, en cuanto no han faltado individualidades históricas capaces de mantener para ellas mismas derechos reservados o estatus protegidos en una estructura federativa⁷⁸, por cuanto sea verdad que en línea de máxima la búsqueda de la homogeneidad entre las unidades federadas se traducía clásicamente o en la igualdad aritmética, en la cual la identidad de estatus jurídico implicaba la atribución del mismo peso numérico en las sedes organizativas y de procedimiento previstas por las constituciones, o en la ponderación geométrica de las entidades sub-estatales, proporcionales al dato demográfico, territorial o económico, en su mayoría corregido con variadas sagacidades. En consecuencia, la igualdad de tratamiento de las componentes, en una de las dos versio-

76 Para no decir de los territorios de ultramar, sobre los cuales por último tenemos G.Campanile, Un laboratorio di sperimentazione costituzionale: la décentralisation nell'Outre-mer de la Republique, DPCE, 2004, 3 sgts.

77 Ver en síntesis, S.Gambino, C.Amirante (ed.), *Il Canada, Un laboratorio costituzionale. Federalismo, diritti, corti*, Padova, Cedam, 2000. Precedentemente también J.Frémont, A.Lajoie, G.Otis, R.J.Sharpe, R.Simon, K.Swinton, S.Volterra, *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, Giappichelli, 1997.

78 Al menos sobre la base a los ejemplos de P. Pernthaler, *Der differenzierte Bundesstaat*, Wien, Braumüller, 1992, trad. it., *Lo Stato federale differenziato*, Bologna, Mulino, 1998, 17 y ss.

nes, a pesar de no ser necesitada en términos de derecho constitucional, constituía la traducción institucional de valores y principios como lealtad federal (*Bundestreue*), mutua consideración (*Berücksichtigung*), respeto recíproco (*comity*), y similares, idóneos a justificar una integración de otro modo no tolerable, ya sea porque esta última se realizase en un contexto de tendencia de separación dual entre el nivel central y los periféricos, ya sea porque en cambio prevaleciesen dinámicas cooperativas casi siempre susceptibles de un reforzamiento del centro.

El hecho es que probablemente los federalismos nacidos entre 1700 y 1800 y conceptualizados por la doctrina, sobre todo de lengua alemana, en la primera parte de 1900 constituían un instrumento de unificación política y territorial de realidades diversificadas, mientras que a finales de '900 se han convertido en fórmula de actuación de la descentralización practicable en los límites de la salvaguardia de la unidad. O en otras palabras, por un largo tiempo han sido la respuesta de élites de inspiración centrípeta a difundidas culturas locales, mientras que por último la liberación de las energías políticas y económicas seguida por el declive de la contraposición del sistema las ha transformado en forma organizativa idónea al desahogo de presiones autonómicas provenientes de realidades territoriales sin determinar el final de la convivencia común.

Igualmente, en términos de tendencia de largo plazo, los regionalismos uniformes o casi uniformes nacen de sistemas unitarios que pretenden revalorizar el hecho autonómico por mucho tiempo reprimido por motivos políticos, debido a paréntesis dictatoriales o a la exigencia, como en el caso italiano, de remediar el retraso de la unidad nacional, pero al finalizar el siglo XX la presión centrífuga de instancias territoriales emancipadas por la eliminación de la lógica de los bloques requiere desde abajo la introducción de correctivos *ad hoc* como condición para la sobrevivencia del sistema y la heterogeneidad se convierte en factor de preservación de la unidad. En ambos modelos, al final, la dialéctica perennemente evolutiva de unidad y autonomía parece haber logrado equilibrios axiológicos, que se traducen en heterogénesis de los fines de cada uno de ellos respecto a su génesis histórica. Por lo tanto, la diferenciación representa, al menos en esta fase de su ciclo vital, el principal de los factores de unificación, en la misma proporción, en otro momento de la historia de los modelos, que la tendencia a la uniformidad organizativa y de procedimiento. La homogeneidad numérica y geométrica era en origen la traducción institucional de las fuerzas centrípetas en los federalismos *statu nascenti*, el precio a pagar para crear la unidad; la heterogeneidad en los tardofederalismos y en los neo-regionalismos es ahora la proyección de las fuerzas centrifugas, el coste para mantener la unidad en un contexto hecho más acentuadamente policéntrico por la glocalización.

La doctrina⁷⁹, como es sabido, ha clasificado las instancias de diferenciación en económicas y culturales. Las primeras tenderían a generar asimetrías funcionales, como en la España de las Comunidades Autónomas no en base nacional y en la Italia de la (teoría de la) revisión constitucional del 2001, o en las aspiraciones de los *Länder* alemanes después de la unificación y de los austríacos después de 1992. Las segundas desembocarían en asimetrías de identidades, en las cuales la entidad sub-estatal adquiere derechos de prestación colectiva diferentes de los asignados antes, además de los gozados por los ciudadanos de las otras unidades territoriales, clasificados usualmente como de tercera generación⁸⁰. Dichos derechos se asemejan mucho, en el plano del contenido ontológico, por la función, por las modalidades de ejercicio, a los positivados en

79 Una eficaz síntesis en L. Domenichelli, *Asimmetria territoriale e cittadinanza differenziata come strumenti di protezione delle identità*, DPCE, 2002, 3 y ss.

80 Ver en general, C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 140 y ss.

las Cartas del Este europeo después de la caída del imperio soviético, con referencia a la nacionalidad, al territorio, a la lengua y a los correlativos status⁸¹. En sustancia ellos tienden a enriquecer el dato funcional de la personalidad individual a través de su proyección social en la dimensión de la identidad cultural del grupo étnico.

En el plano filosófico o politológico este proceso ha enriquecido el grado de avance de los estudios sobre la idea de la nación, que hasta mediados de los años 80 se connotaba esencialmente como construcción sinérgica del trabajo de élites sobre el fundamento de etno-historias comunitarias, con vista a la realización de la unidad estatal, al menos en la exposición tradicional, corroborada por las principales experiencias europeas⁸²; en cambio ahora no se puede no tomar en cuenta por el surgimiento de una mayor conciencia de la diversidad favorecida también por la tecnología y por la comunicación, que proporciona un nuevo empuje a culturas nacionales también en el interior de ordenamientos estatales consolidados⁸³.

En el plano institucional, la afirmación progresiva de dichos derechos pasa a través de cláusulas destinadas expresamente a ello en la construcción constitucional, como en el caso canadiense, así como de configurar válvulas de desahogo derogatorio a comunidades minoritarias que quieran incrementar su propia tasa de identidad ejerciendo un *droit de retrait* en los límites permitidos por el ordenamiento federal, o mediante acuerdos de derecho público entre centro y unidades sub-estatales, que mantienen dicha naturaleza convencional, como en los países de lengua alemana, o que vengan admitidos en fuentes estatales destinadas para ello, como en el caso italiano después de la revisión del 2001, o incluso por medio de procedimientos a iniciativa de la entidad autónoma, pero bajo el control central, como en el ordenamiento español.

La asimetría de identidad produce, por lo tanto, ciudadanía diferenciada si por ciudadanía se entiende, según la reconstrucción del concepto a la medida de las categorías liberal-democráticas, un fajo de posiciones jurídicas subjetivas imputables al individuo por la fuerza de su pertenencia a un determinado grupo. En realidad, todos los sistemas federales conocen la articulación de la ciudadanía a dos niveles: pero, también bajo este ángulo, el federalismo ha funcionado, en su fase clásica desde finales de 1700 y más allá de la mitad de 1900, como fuerza centrípeta. Baste recordar las dificultades que encontró en el ordenamiento estadounidense la introducción en la Constitución del *Bill of Rights*, contrastado en una primera fase incluso por los Federalistas, temerosos de comprometer el pasaje a un sistema más centralista. Una vez insertados los derechos con garantía federal, la tutela acordada a estos últimos ha sido progresivamente extendida *top down* dentro y, si es el caso, contra los Estados bajo la técnica de la *incorporation*⁸⁴, haciendo de este modo surgir la categoría de los derechos fundamentales, no previstos expresamente en la Constitución. Por lo tanto, en los federalismos clásicos la doble ciudadanía asumía una función centrípeta y los derechos federales reforzaban la unidad nacional.

81 Ver G.F.Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G.F. Ferrari (curados por), *Il diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza, Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, 24 y ss.

82 Ver por ejemplo, B.Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*, London, Verso, 1983; E.Gellner, *Nations and Nationalism*, Oxford, Blackwell, 1983; A.D.Smith, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, Blackwell, 1986.

83 Ver por ejemplo, K.Ohmae, *The End of the Nation State*, New York, Free Press, 1995; A.D.Smith, *Nations and Nationalism in a Global Era*, Cambridge, Polity Press, 2000; D.Held, A.McGrew, D.Goldblatt, J.Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999.

84 Ver en general, H.J. Abraham, *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, Oxford, Oxford Univ. Press, 4ª ed., 1982.

En el actual ciclo histórico de los federalismos y de los regionalismos, en cambio, el surgir *bottom up* de asimetrías fundadas en instancias de identidad pone en marcha fenómenos de doble ciudadanía en la misma dirección, con la consiguiente ruptura del universalismo al cual las teorías del constitucionalismo del Estado de derecho liberal antes, y del democrático-social luego, habían acostumbrado a la doctrina y a la opinión pública.

Pero bajo este aspecto se debe considerar que la asimetría de la identidad y sus consecuencias en términos de ciudadanía y de superación del Estado-nación podrían ser leídas como un estadio más sofisticado para la preservación de la unidad, en el cual a los derechos civiles, políticos y sociales de la primera y de la segunda generación se suman los derechos cultural identitarios a ejercicio colectivo o comunitario de la tercera. En resumen, podría pensarse en un proceso de unificación de doble matriz: hacia arriba, el empuje abstracto, para decirlo como Habermas⁸⁵, que ha transformado la conciencia local y dinámica en conciencia nacional y democrática que se abre a las instituciones de la globalización; hacia abajo, si así se puede decir, la diferenciación de la ciudadanía se convierte en un instrumento más refinado de búsqueda de la identidad común, y por lo tanto, en último análisis, de salvaguardia de unidades en el pluralismo⁸⁶. Naturalmente es necesario tener en cuenta que el problema de dichas hipótesis de prognosis es el pasar de la utopía a la construcción de la realidad.

En lo que se refiere a Europa, en particular, resulta en todo caso probado que las fuerzas centrípetas supranacionales no tienen efectos homogenizadores, y que la integración hacia arriba puede convivir con la no uniformidad, aunque queda por verificar que esta última actúe detrás de la primera favoreciendo o no su aceleración.

Existe al menos un aspecto de las instituciones europeas que ha favorecido la diversificación de las entidades sub-estatales: la legitimación de las Regiones a impugnar actos comunitarios ante el poder judicial europeo fundado, en el art. 230.4 del Tratado CE, no sobre posiciones privilegiadas, sino sobre la titularidad de un interés individual y directo, que atribuye relevancia a las asimetrías, en cuanto la lesión de su propio radio de competencias puesta como fundamento de la acción podrá parecer tanto más amplia en cuanto las atribuciones funcionales sean más relevantes⁸⁷.

También desde este particular punto de vista procesal, el derecho europeo, más que imponer soluciones, ofrece ocasiones y oportunidades; no demuestra preferencias por la organización territorial interna de los Países miembros ni sugiere modelos de articulación de los niveles de gobierno, sino pone a disposición un canal de tutela, el cual es susceptible de concurrir a la diferenciación.

4.2 Una ulterior tendencia, que se verifica en los ordenamientos no solamente de los Países miembros de la Unión Europea, sino también en otros a ella extraños⁸⁸, es

85 M. Suhrkamp, *Der Europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung*, Frankfurt, 1998 y antes *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1996.

86 Se sintetiza en el texto la articulada tesis de W.Kymlika, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Mulino, 1999.

87 Sobre el tema ver por ejemplo, A. Adinolfi, *La legittimazione delle Regioni ad impugnare atti comunitari*, Riv.dir.int., 2002, 309 y ss.; AA.VV., *Le Regioni europee nella giurisprudenza comunitaria. L'art.230 CE e la riforma del Titolo V della Costituzione italiana*, Bologna, Mulino, 2004.

88 Ver por ejemplo el caso de la Federación rusa y su Carta del 93, fundada (art. 5) sobre la separación de las competencias entre nivel federal y unidades estatales, pero leída, en particular con referencia a las disposiciones de los arts. 66-79 y en especial al art.72 sobre las competencias conjuntas, en clave federalista: ver por ejemplo, S.Yagudin, *Problems of subsidiarity of Russian federalism on the example of the Republic of Tatarsan*, en el sitio web del Kazan Institute of Federalism, <http://www.kazanfed.ru>. Ver, M.Ganino, A.Di Gregorio, C. Filippini, *La Costituzione della Russia a dieci anni dalla sua adozione*,

aquella hacia la inclusión en los sistemas de fuentes del principio de subsidiariedad, sobre todo a nivel constitucional. Mientras que el surgir de la asimetría es generado por factores económicos o de identidad traducidos luego en términos institucionales, la subsidiariedad, a pesar de tener profundas raíces culturales⁸⁹, se mueve desde el plano de la disciplina de la producción normativa y termina produciendo efectos invasivos en la relación entre poderes públicos y sociedad civil. Como la asimetría, esta propensión parece transversal al modelo federal y al regional y toca hasta ordenamientos unitarios y centralistas, en especial si son de reciente democratización.

La historia del principio es ya bastante conocida para tener necesidad de ser recordada: inherente a las teorías alemanas del federalismo⁹⁰, aunque si una parte significativa de la doctrina le negaba la constitucionalización, encontraba expresión en los arts. 30 y 72 GG, el primero expresión del carácter general de la potestad legislativa de los *Länder* y de la taxatividad de la exclusiva de la Federación, el segundo contiene la célebre *Bedürfnisklausel*, según la cual en la materia concurrente la potestad federal puede ejercitarse solamente con referencia a la necesidad de una reglamentación no regional, para evitar perjuicios a otros *Länder* o al *Bund* o para mantener la unidad jurídica o económica o garantizar la uniformidad de las condiciones de vida en la Federación. A lo largo del arco de los primeros cuarenta años de vida del sistema, la compleja fórmula que lo incluía había asistido, verosímelmente favoreciéndolo, al proceso de transición hacia el federalismo cooperativo, con expansión progresiva del centro y derrumbamiento de los conflictos gracias al aporte de la Cámara alta y reducción del contencioso jurisdiccional a esporádicos casos de clamorosa invasión. Frente a una ulterior erosión de la competencia de las potestades normativas de los *Länder* por efecto del derecho europeo, ha sido sobre todo la cultura política alemana la que ha presionado por la explícita inserción de los principios en los Tratados, en los cuales además venía ya anteriormente como fundamento inspirador de disposiciones como los arts. 3, 189, 100, 178, 215, además de la praxis del mutuo reconocimiento.

Después de una primera comparecencia en el Acta Única, la subsidiariedad en Maastricht se asoma prepotentemente en el Preámbulo, en el art. 3B (ahora 5), en el art. 130R (ahora 174), al punto de proponerse como uno de los conceptos claves del derecho público europeo⁹¹. Ella se convierte en complementaria y potencialmente recíproca del mecanismo ya previsto por el art. 235 (ahora 308), versión europea de los *implied powers* de la Federación estadounidense (art. I, sección 8, §18): este último permite a la Comunidad apropiarse de competencias más allá de lo previsto por las normas superprimarias ante la necesidad de perseguir finalidades permitidas por el Tratado, sobre el presupuesto de la subsistencia de un reducido nexo teleológico y de la proporcionalidad de los medios elegidos, mientras que la subsidiariedad introduce una regla negativa, una tendencia a la prohibición de interferencia por parte del nivel normativo superior en el inferior, y una negativa, un deber positivo de ingerencia en caso de insuficiencia de la instancia pública subordinada.

Milano, Giuffrè, 2005. Para una síntesis de las evaluaciones de la doctrina en lengua inglesa, muchas veces criticada por el principio al menos por el lado británico – en efecto, ha sido definida en diversas circunstancias poco elegante, confusa, fútil-, ver por todos G.A.Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 Colum.L.Rev.332 (1994).

89 Que se extienden por las doctrinas tomistas al pensamiento neoliberal de las escuelas de Friburgo y Chicago: ver en síntesis A.Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti, Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, Cedam, 2003, en especial 14-28.

90 Puntos de vista contrapuestos, por ejemplo, en U. A. Fridolin (Hrsg.), *Das Subsidiaritätsprinzip*, Heidelberg, Kerle, 1953 e K. Hesse, *Das unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, C. F. Muller, 1962.

91 Como se expresa O. Chersa, *La sussidiarietà (verticale) come «precepto di ottimizzazione» e come criterio ordinatore*, en *DPCE*, 2002, 1442 y ss.

Actuando como norma-principio y precepto de optimización, en la terminología de Robert Alexy⁹², porque incorpora una regla no rígida, inclusiva de un espectro de excepción para aplicarse según la razón sobre la base de circunstancias de hecho, ella permite colocar una competencia en diferentes niveles, o incluso en diferentes ordenamientos aunque si están conexos, indicando juntos, para gobernar la perenne movilidad, una preferencia de tendencia y las modalidades de la derogatoria, asumiendo con esto una actitud bi-direccional. En el plano axiológico, la subsidiariedad se radica en el principio democrático si la regla preferida es la de la proximidad de la decisión a los administrados. Si se coliga al principio de proporcionalidad, del cual se sirve en sede de aplicación, pero del cual constituye nomologicamente una expresión, se adapta con particular eficacia a ordenamientos que quieran valorizar el pluralismo institucional, en cuanto permite la devolución dinámica, solamente guiada por direcciones de máxima, verticalmente a favor de instancias de descentralización de cualquier origen histórico o lateralmente hacia el exterior a formaciones sociales o expresiones del sector privado. Se presta bastante bien a gobernar el reparto de competencias en ordenamientos con elevada rapidez de transformación, porque secunda dinámicamente las tendencias evolutivas de los mismos, en un sentido o en otro y no pone preclusiones a arreglos de baricentro; privilegia el dato teleológico-sustancial y el razonamiento factual de las elecciones, a cambio de preferir cuadros de competencia centrados en criterios formales, sean ellos la sucesión en el tiempo, la jerarquía y/o la competencia entendida como técnica de distribución de las funciones en un contexto orgánico multifuncional. Desarrolla un papel de motor del completo sistema, si se encarga a un Judicial central fuerte y consciente de la utilización de las técnicas de razonamiento, además de asistido por una *supremacy clause*.

A partir de Maastricht, el principio de subsidiariedad ha recibido un extraordinario impulso también en los ordenamientos estatales, expandiéndose verticalmente en muchos sectores, convirtiéndose en una especie de idea-fuerza del constitucionalismo europeo y viene admitido, o formalizado donde ya es presente en forma implícita o en disposiciones de rango no constitucional, en ordenamientos federales, regionales e incluso unitarios⁹³.

El ordenamiento alemán ha formalizado su recepción, ya sea en el art. 23.1 en función de límite contrario al interno como protección de los principios liberal democráticos hacia la Unión Europea, ya sea en el renovado art. 72.2 circunscribiendo netamente el alcance de la intervención federal en los *Länder* en las materias de legislación concurrente y admitiéndolo no como un caso de mera conveniencia sino de necesidad comprobada por la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal o de tutela de la unidad jurídica o económica en el interés general. El mismo principio ha sido así incorporado en versión casi homogénea como instrumento de unificación bi-unívoca del sistema de fuentes, hacia arriba en la perspectiva de un federalismo naciente y hacia abajo en la de un federalismo consolidado que se reconsolidaba sobre equilibrios más adecuados en las tareas de la integración europea.

En Austria ha sido vivaz el debate cultural, también por efecto de la influencia de la doctrina alemana, pero el principio no ha pasado al dato constitucional federal formal de los *Länder* donde ya se encontraba en las Constituciones del Tirol (art. 7.1) y Vorarlberg (art.7.1) respectivamente desde 1988 y desde 1984, aunque sea considerado implícito en el art. 118.2 con referencia a la esfera de autonomía comunal⁹⁴.

92 *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985, 40 s.

93 Una reseña muy precisa en A.Rinella, L.Coen, R.Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali, Esperienze a confronto*, Padova, CEDAM, 1999.

94 Ver P.Pernthaler, *Lo stato federale differenziato*, citada, 39 y ss.

En Italia, en un decenio de transformaciones del regionalismo de la estructura original hacia un neo-regionalismo y tal vez hacia el federalismo, la subsidiariedad ha sido acogida con entusiasmo, tal vez excesivo, al menos bajo la luz de la insuficiente profundidad preventiva de su impacto en el sistema de las fuentes: primeramente, la ley 59/1997 (art.1 y 4.3.a) y los respectivos decretos de desarrollo lo han colocado explícitamente en la base de la tercera transferencia de funciones a Regiones y a entes locales; también se ha usado en el Texto único de entes locales (art. 3.5); la ley 328 del 2000 lo ha aplicado en tema de servicios sociales; por último, la revisión constitucional del Título V del 2001 le ha dado ingreso en el sistema axiológico y normativo, no tanto sobre el lado externo, dado que la Carta italiana no ha sido nunca modificada en las relaciones con el derecho supranacional, si no oblicuamente en la prescripción del art. 117.1, que condiciona igualmente el ejercicio de las legislaciones estatales y regionales a los vínculos del ordenamiento comunitario sobre los niveles de gobierno internos: el elenco de las unidades constitutivas del art. 114 ha sido construido desde abajo; las funciones administrativas han sido asignadas en línea de principio a las Comunas, salvo que leyes estatales o regionales las trasladen a niveles superiores en base de los principios de subsidiariedad, diferenciación y adecuación (art.118.1); las funciones legislativas han sido redistribuidas con apertura de mayor espacio a las Regiones y asignaciones a ellas de una competencia general residual (art.117.4) frente a sectores exclusivos estatales elencados (art.117.2), pero con sobre-vivencia de un amplio espacio de concurrencia.

La peculiaridad del caso italiano consiste en el hecho de que, en el ordenamiento europeo o en los de lengua alemana, el principio se refiere a la colocación de funciones normativas, de la cual eventualmente desciende a las administrativas, en Italia es recepcionado expresamente solamente para estas últimas, como confirmación de la colocación local de las reformas ordinarias y constitucionales sucesivas al 1997. Sobre esta premisa, se dan dos posibles desarrollos interpretativos: o se considera que el reparto de las competencias entre fuentes normativas sea gobernado por criterios rígidos y la subsidiariedad se aplique sólo a las funciones administrativas, con consecuente separación de los ámbitos funcionales en las leyes estatales o regionales pueden accionar “el ascensor” hacia arriba en caso de necesidad⁹⁵; o, por el contrario, se considera que las exigencias de colocación de las funciones administrativas de obediencia al principio lleven la subsidiariedad a dar sustancia y racionalidad de dispositivo dinámico a las intervenciones transversales estatales en las materias de competencia regional que el art. 117.2 configura con amplitud (letra e) concurrencia; letra m), niveles esenciales de las prestaciones; letra p) funciones fundamentales de los entes locales) y, en consecuencia, a hacer movable la línea divisoria de las competencias legislativas y también la de la competencia reglamentaria (art. 117.6)⁹⁶, para las cuales subsiste el problema de establecer si la preferencia por el reglamento local introduce una reserva de competencia fuerte, de tipo clásico, o solamente otro precepto de optimización⁹⁷. Si fuese cierta esta segunda interpretación, tal vez se tendría el único ejemplo europeo de subsidiariedad introducida *bottom up*, del nivel de las autonomías a remontar hacia leyes regionales y estatales, reordenando sobre nuevas y flexibles bases, de integración cooperativa y también frecuentemente fungible, el completo sistema de las fuentes internas, inspirado anteriormente, según las clásicas reconstrucciones de Crisafulli y Modugno⁹⁸, en reglas

95 Así por ejemplo, F.Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance un sistema policentrico “esploso”*, Le Reg., 2001, 1180 y ss.

96 Ver Corte Const. Sentencias 303/2003, 6/2004, 383/2005.

97 Ver también, O.Chessa, *La sussidiarietà come “precepto di ottimizzazione”*, citada, 1449 y ss.

98 En general ver, V.Crisafulli, *Fonti del diritto*, Enc. Dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1968, 953 ss.; F.Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, Enc.dir., Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1998, 565 y ss.

de separación. Si así fuere, la subsidiariedad se convertiría en un principio organizativo general, susceptible de dar sentido también al declino de la categoría del interés nacional después de la revisión del 2001 y a su sustitución con la prerrogativas de intervención transversal estatal.

En el ordenamiento portugués la tercera revisión del 1992 lo ha valorizado expresamente en las relaciones con Europa en el nuevo art. 7.6, mientras que la cuarta revisión del 1997 lo ha recepcionado en el lado interno (art.6.1), también frente a las autonomías locales, en el mismo momento en el cual ha reforzado los poderes de las autonomías regionales diferenciadas (arts.236 e 255-262)⁹⁹.

Por último, Polonia, poco después de entrar a formar parte de la Unión Europea, ha insertado la subsidiariedad en el preámbulo de la Carta de 1997, haciendo aplicación interna de su versión horizontal en dos leyes ordinarias del 2003 en materia de asistencia social y trabajo, revalorizando las relaciones de cooperación entre organizaciones no gubernamentales y administración pública¹⁰⁰.

Entre los principales ordenamientos federales o regionales europeos, resisten al viento de la subsidiariedad solamente España y Bélgica: para la primera no faltan disposiciones constitucionales que se leen en clave subsidiaria en cuanto se refieren a las comunidades autónomas, como los arts. 147.2. d, 149 y 150, enunciados de la Ley de Bases del Régimen Local, como el art. 2, referido a los entes locales, pero la positivización explícita del principio no ha pasado por la Carta europea de la autonomía local en la disciplina local o legislativa¹⁰¹; el segundo ha preferido hacer flexible el sistema de las fuentes mediante el recurso masivo y constitucionalizado a acuerdos de cooperación horizontal y vertical¹⁰².

En síntesis, la subsidiariedad tiende a presentarse en un creciente número de Países europeos como un principio organizativo del sistema de las fuentes de un ordenamiento articulado en niveles o de enlace entre fuentes de ordenamientos territoriales conexos, basados en criterios de reparto de tipo estático o separatista fundados sobre el principio de competencia, y que ceden progresivamente espacio a mecanismos dinámicos y flexibles, de orientación e intrínsecamente derogatorios, empeñados en la concurrencia antes bien que en la separación, sobre la sustitución recíproca, sobre la integración y sobre la cooperación, sobre evaluaciones de oportunidades y de razonamiento a posteriori, inspiradas en datos axiológicos radicados en la democracia y en el pluralismo más bien que en los parámetros de estrecha legalidad constitucional, neutrales en el plano de los valores y definidos una vez por todas a priori en actuación de la soberanía, aunque limitada, del contexto constitucional rígido.

No importa que en el plano histórico se pueda decir que los primeros, ahora recessivos, se hayan formado históricamente en contextos de tipo unitario, mientras que los segundos hayan sido alimentados por la cultura del federalismo y tienden hacia el mismo.

Lo que importa es que, como siempre sucede con mecanismos organizativos y de procedimiento, expresión del principio democrático, su introducción tiene efecto evi-

99 En general ver, C. Blanco de Morais, *La dimensione interna del principio di sussidiarietà nell'ordinamento portoghese*, in A.Rinella, L.Coen, R.Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., 91 y ss.

100 Ver A Wesolowska, *Report from the seminar on "Rethinking the principle of subsidiarity"* (Varsavia, 13.5.2003): <http://www.activecitizenship.net/projects/Poland.doc>.

101 Ver en general la síntesis de R.Scarciglia, *Autonomie e sussidiarietà nell'ordinamento spagnolo*, in A.Rinella, L.Coen, R.Scarciglia, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali*, cit., 121 y ss.

102 Ver en general, M.Uyttendaele, *Regards sur un système institutionnel paradoxal – Précis de droit public belge*, Bruxelles, Brulant, 1997.

dente y capacidad expansiva en el sistema en el cual son insertados. Ciertamente, su efecto, al menos a medio plazo, es el de producir una crisis irreversible del sistema de las fuentes y hacer necesaria una profunda revisión de su orden. En este sentido, prescindiendo de juicios de mérito sobre la oportunidad de similares pasajes de época, la indicación que se evidencia de la comparación es que los ordenamientos que deciden realizar una elección similar es bueno que tengan perfecto conocimiento de sus consecuencias y sean preparados al trabajo metodológico que deriva. La introducción del principio de subsidiariedad en un cuadro constitucional consolidado sólo o de prevalencia en referencia a la presumible superioridad de valores y principios europeos no tiene mucho sentido. Como siempre el Derecho europeo no impone soluciones preferenciales, sino solamente reglas dinámicas que requieren la puesta en enfrentamiento competitivo de sistemas nacionales sólidos y vinculados a sus propias tradiciones y a sus propias certezas operativas, en el respeto de los principios generalísimos del Tratado. Una apertura ingenua o generosamente incondicionada puede tener efectos de desorden interno o de crisis de alcance trastornador. Los sistemas que se exponen al alcance evidente del principio, en particular de la relación externa con las instituciones europeas, deberían llegar a dicho resultado sobre la base de una evaluación madura y equilibrada de una apreciación de la calidad, defectos y exigencias endógenas.

4.3. Por último, hay que mencionar una tendencia a la enorme ampliación de los mecanismos organizativos y de procedimiento de tipo colaborador, comunes igualmente al nivel regional y al local: se trata de una tendencia invasiva del derecho administrativo del último decenio, imputable en igual medida a la difusión de los efectos del principio de subsidiariedad en línea horizontal, especialmente en Europa, y a la estrechez financiera de los niveles intra-estatales de gobierno, inducida también por el creciente peso del mercado respecto a la presencia pública, típica de la era de la globalización; en el terreno del derecho administrativo estas fuerzas se traducen en un impulso hacia la simplificación¹⁰³.

El origen de esta situación se encuentra en la cultura americana de los primeros años 80 del siglo pasado, aunque las prácticas de *public-private partnership* en dicho contexto son mucho más sobresalientes. Habiendo sido las *utilities* locales creadas y desarrolladas por normas como si se tratara de comunes empresas privadas, sustituyendo la exigencia de reglamentar con disposiciones públicas el funcionamiento sobre todo en clave de tutela de los valores concurrenciales, la intervención pública en función directamente de gestión tradicionalmente ha producido perplejidad si no una abierta hostilidad en la opinión pública, especialmente con vistas del costo para los contribuyentes, además que por motivos de naturaleza ideológica. Sin embargo el exordio de operaciones a costo cero para las finanzas públicas, en las cuales el aporte de sujetos públicos puede consistir en la adecuación de provisiones urbanísticas, en la puesta a disposición de inmuebles y en la rápida entrega de actos de consenso administrativo, ha determinado una evidente inversión de tendencia. Revelaciones estadísticas de derivación pública¹⁰⁴ certifican un recurso masivo y creciente a figuras colaborativas en posturas diferentes por parte de los Estados y de su articulación local. Desde 1985 otorga asistencia a estas iniciativas un organismo asociativo sin fines de lucro llamado *National Council for Public Private Partnership*. Su forma jurídica es mutable, extendiéndose desde la sociedad de capitales a contrato, o *comprehensive agreement*, disciplinante inversiones, endeudamientos, cánones, tarifas, moda-

103 Ver el número único de DPCE, 2006, 278 y ss., ed. por G.F. Ferrari y en especial de este último, *Semplificazione e consenso negli ordinamenti anglo-americani*, ivi, 304 y ss.

104 Ver por ejemplo, *The National Council for the Public-Private Partnerships, For the Good of the People: Using Public-Private Partnership to Meet America's Essential Needs*, White Paper, Washington, D.C., 2002, también en www.ncppp.org.

lidades de gestión de las prestaciones al público. En casos esporádicos, leyes estatales o incluso federales, como en el caso del proyecto de recuperación de *Union Station de la Capital*¹⁰⁵ disciplinan menos flexiblemente los detalles de la iniciativa. Tramos de carreteras, y de ferrocarril, edificios escolares, recuperación urbanística, son solo algunos de los sectores de preferencia utilizados para la experimentación de las PPPS.

Inmediatamente después, el modelo de colaboración ha sido adoptado en Gran Bretaña. Se habla de espacios de colaboración entre privados, sujetos públicos y tercer sector, de flexibilidad, de involucrar a los *stakeholders*, de equilibrio entre participación y dirigencialismo, de articulación de las elecciones valorables entre eficiencia y democracia. *Partnership* es la nueva palabra de orden del derecho administrativo inglés, en particular a nivel local. En sectores como la edificación económica y popular, la seguridad de las comunidades locales, la defensa del medioambiente, la higiene de los sitios poblados, la lucha contra la pobreza, la *partnership governance* se ha convertido en la fórmula organizativa mayormente usada. La recuperación urbanística y sanitaria de las áreas urbanas viene enfrentada con los instrumentos del *Single Regeneration Budget*¹⁰⁶ y del *Community network*¹⁰⁷.

Una definición lata y no técnica, doctrinal y no normativa, en clave de ciencia de la administración, permite calificar la *partnership* como un vehículo organizativo semi-autónomo en el cual autoridades locales, operadores privados, voluntariado y otras instancias comunitarias debaten, deliberan y llevan a cumplimiento políticas públicas a nivel local y regional.

La forma organizativa y de tendencia libre e híbrida, contiene elementos típicos de todas las componentes: la forma puede ser la de la sociedad de capitales de responsabilidad limitada (*company limited by guarantee*), de la asociación no reconocida (*unincorporated association*), del sujeto público (*statutory body*), de la fundación (*registered charity*) en todo caso estructurados alrededor de un “*accountable body*”, sobre el cual gravan las responsabilidades financieras, contractuales y de administración.

Del organismo de gestión pueden formar parte funcionarios directivos de las agencias públicas y de las organizaciones sin fines de lucro, consejeros de las autoridades locales, representantes de los residentes, autoridades educativas o sanitarias. No raramente las *partnerships* son creadas, también en transcurso del tiempo, a racimo (*cluster*), con participaciones sobre puestas en ámbitos limítrofes. La fuente formal que gobierna la *partnership* puede consistir en un status, o más bien en un Memorandum o en *Articles of association*. La tasa de formalidad es directamente proporcional a la presencia y al peso de sujetos públicos, bajo el aspecto de las causas de incompatibilidad, de la relación entre los miembros del *board* y funcionarios, del papel de la presidencia, de las reglas de contabilidad y administración financiera. Los miembros del *mixed board* designados por formaciones sociales o grupos de interés tienden a mostrarse relativamente autónomos de la propia *constituency*, no obstante la existencia de mecanismos como las consultas preventivas respecto a las reuniones o el *briefing* sucesivo. Los modelos participativos son muy diferenciados, y la doctrina realiza clasificaciones con categoría de ciencia de la administración¹⁰⁸.

105 40 U.S.C. §6901.

106 Ver por ejemplo, J.Mawson et al., *The Single Regeneration Budget: the stocktake*, Birmingham, University of Birmingham, 1995; M.Stewart, M.Taylor, *Empowerment and estate regeneration: a critical review*, Bristol, Policy Press, 1995; B.Tilson et al., *Partnerships for Regeneration: the Single Regeneration Budget Challenge Fund round on*, Loc.Gov.Studies, 1997, 1 y ss.

107 Ver C.Skelchher, A.McCabe, V.Loundes, *Community Networks in Urban Regeneration: It All Depends on Who You Know*, London, Policy Press, 1996.

108 Ver por ejemplo M.Smith, M.Beazley, *Progressive Regimes, Partnerships and the Involvement of Local Communities: A framework for evaluation*, Pub.ad., 2000, 855 y ss.

En lo que refiere a la teoría del procedimiento, la iniciativa de la creación de la *partnership* puede provenir de individuos, grupos o sujetos públicos, que pretenden realizar actividades con relevancia colectiva o pública, y el *outcome* no es medido naturalmente solamente en términos de eficiencia o cantidad de resultados, sino también en clave de *discourse theory*, es decir bajo la luz del método participativo, que permite en todo caso conseguir un *procedural outcome* bajo el aspecto de la legitimidad social y política. Esta dimensión de procedimiento, proyectada no en una óptica procesal de derecho administrativo clásico (también en la versión inglesa), sino en una perspectiva que se estaría tentado de definir hebermasiana si el contexto británico no favorece el empirismo del enfoque respecto a la lectura dogmática, no puede dejar de iniciar nuevas vetas formativas en el plano de gestión.

El clásico *civil servant* de la tradición anglosajona, conformado en el respeto de las *policies* y en la neutralidad de su papel respecto a las indicaciones de la dirección política, cede el paso a dirigentes avezados a una lectura totalmente diversa de los procesos democráticos¹⁰⁹: sensibilizados con las condiciones específicas locales, sin dejar de lado por esto la dinámica usual de las posiciones jurídicas subjetivas contrapuestas en los procedimientos administrativos, obligados a cementarse con formas de consociativismo, para decirlo con Lijphart¹¹⁰, con grupos sociales y sus alianzas, agregaciones y disgregaciones, con acuerdos colectivos y con las correspondientes negociaciones, inmersos en el esfuerzo de representar valores e ideologías en términos de relación medios-fines y atenuar los conflictos mediando entre las aspiraciones creativas y los tecnicismos operativos. Los procedimientos decisionales administrados por la nueva clase gerencial deben hacer cuentas con forum comunitarios, comités de distrito, *citizens' juries*, *citizens' panels*, *focus groups*, *visioning*¹¹¹ y similares articulaciones sociales atípicas o *montorances*, que representan la sede preparatoria, instructoria y participativa que precede al acto deliberatorio final, si bien una determinación de este tipo tendrá lugar en conclusión¹¹².

El partenariado, en resumen, exalta la dimensión discursiva, altera los cánones organizativos usuales y les fuerza a la búsqueda de nuevas soluciones y muchas veces más oscuras de las tipificadas, conforma los procedimientos en versiones muy abiertas bajo la forma de participaciones también sin rituales, exige nuevas generaciones de funcionarios predisuestos al nuevo enfoque.

El resultado sistémico de las nuevas formas organizativas parece ser el de la nueva acaecida introducción en el ordenamiento británico, en lugar de un modelo uniforme de organización administrativa local, de una *governance in and by networks*¹¹³. En efecto, han sido sobre todo el sistema homogéneo del empleo público redefinido en el 1968 después del Fulton Report¹¹⁴ y el *self-government* local reordenado a partir de

109 Ver por ejemplo, N.Flynn, *Public Sector Management*, London, Prentice Hall/Harvester-Wheatsheaf, 1997.

110 A. Lijphart, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven-London, Yale University Press, 1977; *Typologies of Democratic Systems*, Comparative Political Studies, Berkeley-London, University of California, 1968.

111 Ver por ejemplo, L.Pratchett, *New Fashions in Public Participation: Towards Greater Democracy?*, Parl.Aff., 1999, 616 y ss.

112 El tema es desarrollado en *Citizens First*, el primer escrito sobre la modernización del Cabinet's Office, september 2000: ver en síntesis A.Gray, B.Jenkins, *Government and Administration: The Dilemmas of Delivery*, Parl. Aff., 2001, 215 y ss.

113 R.A.W. Rhodes, *Understanding Governance*, Buckingham, Open University Press, 1997 y R.A.W.Rhodes (ed.), *Transforming British Government*, Palgrave Macmillan, 2000; G.Stoker (ed.) *The New Politics of British Local Governance*, London, Palgrave Macmillan, 1999.

114 London, H.M.S.O., Cm 3638.

1973, ya puestos a prueba por las reformas de los años 80, los que han sentido más directamente el impacto de la nueva *governance*¹¹⁵. En sustancia las políticas de los Gobiernos *tory* en los años 80 habrían debilitado las instituciones publicas históricamente fuertes, como el *civil service*¹¹⁶, iglesia anglicana y gobierno local, y mirando al mercado por medio del desarrollo de la micro comunidad y el regreso al *self-help*, terrenos de cultura ideal de micro conservadorismo¹¹⁷. El partenariado publico-privado constituye el alcance de aquellas reformas, también bajo la luz de la reinterpretación de las mismas por parte del *New Labour*, el cual, en vez de retornar al clásico énfasis sobre la burocracia responsable frente a la clase política y sobre el centralismo guiado por la elite, ha apuntado a la idea de la trama de instituciones y privados ligados por una relación de confianza y que actúan en *partnership*, capaces de administrar relevantes privatizaciones y de prestar servicios prescindiendo de la naturaleza publica de quien lo presta, en unión con el privado o con el tercer sector en razón de la precisa eficiencia en la prestación¹¹⁸. Las dinámicas del mercado de la prestación de servicios, en resumen, no son un artículo de fe, sino solo la solución de privilegiar que los comportamientos individuales y el comunitarismo no permiten encontrar formular cooperativas preferibles, a partir de la eficiencia¹¹⁹. Las relaciones cooperativas estables, en las cuales el intercambio de informaciones sea el presupuesto y los trámites de colaboración la modalidad preferida de administración, son por lo tanto la base de la trama del partenariado¹²⁰: para decirlo con las palabras del *premier Blair*, *joined-up problems need joined-up solutions*¹²¹.

La administración, sobre estas bases ideológicas, ha sido reinventada y remodelada¹²² sobre la base del principio por el cual el crecimiento cuantitativo debe cesar, ya sea en términos de administración departamental así como de *quangos* o NDPBs¹²³, las nuevas realidades públicas son "*Next Step agencies*"¹²⁴ destinadas a funciones reguladoras o en todo caso a separar la formulación de las políticas de su puesta en función, esta última dejada sobre todo a la *choice* del consumidor en una especie de mercado de los *democratic goods*¹²⁵. El nuevo consenso social parece haberse consolidado alrede-

115 Un análisis preciso de las principales ideologías de los años 80 y 90 sobre la organización administrativa en M.Bevir, R.A.W.Rhodes, *Searching for Civil Society: Changing Patterns of Governance in Britain*, Pub.Ad., 2003, 41 y ss.

116 Ver en general, G.K.Fry, *Policy and Management in the British Civil Service*, London, Prentice Hall/Harvester-Wheatsheaf, 1995.

117 Ver D.Willems, *Modern Conservatism*, Harmondsworth, Penguin, 1992.

118 Ver sobre todo, *Modern Public Services for Britain: Investing in reform*, London, The Stationery Office, 1998, Cm 4011 y M.Bevir, D.O'Brien, *New Labour and the public sector in Britain*, Pub.Ad.Rev., 2001, 535 ss.

119 D.Clark, *Delivering better government from the bottom up*, London, Queen Elisabeth Conference Centre, 1997.

120 *Modernising Government*, London, The Stationery Office, 1999, Cm 4310.

121 T.Blair, *New Britain: my vision of a young country*, London, Fourth Estate, 1996. El punto de vista actual sobre el pensamiento laborista en materia de administración en A.Hindmoor, *Public Policy: Targets and Choice*, Parl.Aff., 2005, 272 ss.

122 Como sugería ya al inicio de los años 90 una obra muy citada: D.Osborne, T.Gaebler, *Reinventing Government*, Reading, Addison-Wesley, 1992.

123 Ver N.Lewis, *Regulating Non-Government Bodies: Privatization, Accountability, and the Public-Private Divide*, in J.Jowell, D.Oliver (Eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1989, 219 ss.

124 Del título del "paper" *Next Step Agencies: Guidance on Annual Reports*, London, Cabinet Office, October 1998; cfr. D.Golworthy, *Setting up Next Steps*, London, HMSO, 1991.

125 Ver sobre todo, N.Lewis, *Choice and the Legal Order: Rising above Politics*, London, Butterworths, 1996.

dor de un sistema de economía mixta de tipo post-moderno, en el cual público y privado se disputan tajadas de mercado regulado o en todo caso se mueven interrelacionándose con movimientos de mercado (*market mimicking*)¹²⁶. Se asume, en resumen, que el Estado se haya venido vaciando progresivamente¹²⁷, por una parte en ventaja de sujetos transnacionales y de la otra, hacia abajo, a favor de actores locales no necesariamente públicos, respecto a los cuales se coloca en términos esencialmente contractuales, de consumidor a usuario en condiciones de elección garantizada por el Estado, en una especie de versión post-moderna de la ciudadanía social, en el marco del *public law* en base contractual: escenario en el cual el derecho administrativo no está plenamente equipado para actuar, como por otro lado el derecho constitucional, que busca con fatiga instrumentos adecuados para el nuevo contexto. El nuevo derecho público en el cual el modelo de la *private/public partnership* ha venido afirmándose es sin duda más participativo¹²⁸, dominado por la *public choice* y por instrumentos contractuales menos tipificados que en el pasado, menos estructurado y administrado por un gerente readaptado a la nueva dimensión de la esfera publicista.

La disciplina legislativa¹²⁹, por lo tanto, ha venido retrayéndose a beneficio, por un lado, de la regulación con *executive order* o con otros actos administrativos¹³⁰, sobre todo después del *Deregulation and Contracting Out Act* de 1994, y por el otro del poder judicial, que se ha beneficiado ya sea de la plena recepción de la Convención Europea y de la influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo ya sea del poder de desaplicación de las normas internas incompatibles con el derecho europeo¹³¹.

El perfil más criticable de la administración por *partnership* parece estar representado por la erosión de las responsabilidades debidas a la menor transparencia de los procesos de decisión y a la flexibilidad de los mecanismos de concertación y de negociación, que hacen difícilmente accionable la tutela jurisdiccional. Por ejemplo, se suele lamentar que la publicidad de las reuniones y la divulgación en papel o electrónica de los datos referentes al funcionamiento no estén disciplinados uniformemente sino que se efectúen en forma irregular e intermitente¹³².

Por último, el Derecho europeo parece haberse adueñado del instituto, o mejor del racimo de institutos: el Libro verde sobre el partenariado publico-privado (PPP)¹³³

126 Cfr. la brillante síntesis histórica de C.Harlow, *Back to Basics: Reinventing administrative law*, Pub.L., 1997, 245 ss.

127 R.A.W. Rhodes, *The Hollowing Out of the State: The Changing nature of the Public Service in Britain*, Pol.Quar., 1994, 138; S.Strange, *The Retreat of the State, The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

128 Ver por ejemplo, D.King, G.Stoker (eds.), *Rethinking Local Democracy*, London, Macmillan, 1996; D.Wilson, *Exploring the Limits of Public Participation in Local Government*, Parl.Aff., 1999, 246 y ss.. Para los Gobiernos laboristas de la época sucesiva al 1997, los textos de base son *White papers. Modern Local Government: In Touch with the People*, July 1998, y *Modernising Government*, March 1999, Cm 4310.

129 Y con ella el control de Parlamento, como advertía J.A.G. Griffith desde el fin de los años 70: *The Political Constitution*, 42 Mod.L.Rev, 1979, 1.

130 Definidos casi-legislación por G.Ganz, *Criminal Injuries Compensation: The Constitutional Issue*, Mod.L.Rev., 1996, 59 y ss. y muchas veces impugnados por la incierta colocación en el sistema de las fuentes, no diversamente de la *soft law* europea. Ver también D.Miers, *The Deregulation Procedure: An Expanding Role*, Pub.L., 1999, 477 y ss. Por último sobre el sistema de las fuentes después de la regulación, P.Norton, *Regulating the Regulatory State*, Parl.Aff., 2004, 785 y ss.

131 Ver, en efecto, *R. v. Employment Ministry, ex p. Equal Opportunities Commission and Day* [1994] 2 W.L.R. 409. Ver sobre el papel de los jueces Lord Woolf of Barnes, *Droit Public English Style*, Pub.L., 1995, 270.

132 Ver, C.Skelcher, N.Mathur, M.Smith, *The Public Governance of Collaborative Spaces*, cit., 585 y ss.

133 Comisión, *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, COM (2004) 327, 30.4.2004.

reúne descriptivamente todas las figuras de colaboración de tipo contractual o semi-contractual o de institucionalización estructurada en entes de carácter mixto destinados a garantizar realización, mantenimiento, administración o financiación de una infraestructura y el abastecimiento de un servicio mediante cooperación entre autoridades públicas y empresas: la Comisión censa sistemáticamente las *good practices* y las clasifica, recomienda su difusión sugiriendo solamente dejar de lado las formas de finanzas demasiado creativas.

Cada ordenamiento se ha movido, como es lícito de conformidad con el art. 86 del Tratado, en modo autónomo. El francés ha preferido quedarse en el lecho de la tradición publicista, a pesar de considerar a las sociedades de economía mixta (SEM) como posible beneficiarias sin procedimientos de evidencia pública, de la *délégation de service public*. Otras figuras de partenariado definidas por la jurisprudencia de acuerdo con las normas reglamentarias son la *régie intéressé*, la *regie personnalisé*, *l'affermage*, la *gérance*¹³⁴.

En el extremo opuesto del espectro, el ordenamiento inglés se ha movido desde los primeros años 90, independientemente de las iniciativas europeas, en el sentido de la retracción de los entes locales de la administración y de la valorización del papel de mera regulación, promoción y dirección. La externalización ha sido dirigida desde el centro sobre la base de funciones individuales o servicios, con exclusión de atribuciones fiscales, judiciales o susceptibles de incidir sobre las libertades individuales¹³⁵, sobre la base de mecanismos de competencia para la elección del privado enes. A partir del 2000 se aplica menos dogmáticamente el *best value system*, sobre la base de un *local public service agreement*, en el cual se evalúa la calidad de las prestaciones y se solidifica el consenso de las comunidades locales.

En posiciones intermedias se encuentran algunos ordenamientos federales y regionales¹³⁶. Así el español que permite el ejercicio de actividades económicas en sede local previa aprobación del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y, eventualmente, informe del Consejo de Estado (art.97 Real Decreto legislativo 781/1986) y admite la gestión indirecta también por medio de sociedades mixtas (art.104). El convenio de acuerdo gobierna las relaciones en el caso de administración indirecta y las modalidades contractuales individuadas por el art. 156 del Real Decreto leg.2/2000 individualiza cuatro modalidades en los servicios locales: concesiones, administración interesada, concierto, arrendamiento.

El ordenamiento alemán, que encarga a los *Länder* la definición de las formas organizativas de la administración de servicios, ha emanado diversos modelos de coparticipación que oscilan entre la concesión y la sociedad mixta, también articulada en *Besitzgesellschaft* para el control y en *Betriebsgesellschaft* para la administración, y ha reaccionado duramente contra el Libro verde de la Comisión europea, expresando contrariedad a intervenciones comunitarias en la esfera de las relaciones consideradas extrañas al mercado¹³⁷. El ordenamiento italiano, sobre la base de una disciplina legislativa estatal atormentada y varias veces modificada entre 1900 y 2004, ha apuntado de

134 Ver en síntesis D.Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003, 75 y ss.

135 *Deregulation and Contracting Out Act*, 1994, s.70 y ss: ver, G.F.Ferrari, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, en *DPCE*, 2004, 1910 y ss.

136 Ver, G.F.Ferrari, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, obra cit.

137 Opinión 16 agosto 2004, *Stellungnahme der Regierung der Bundesrepublik Deutschland zu dem Grünbuch der EU Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen*.

hecho sobre sociedades mixtas con parcial capital local, no demasiado diferentemente de cuanto más programáticamente perseguido en Alemania y Austria¹³⁸.

En el transcurso del 2005 la Corte de Justicia Europea ha dado un duro golpe a los modelos austro-alemán e italiano, adoptando una interpretación muy restrictiva del precedente *Teckal*¹³⁹, en modo tal de excluir la legitimidad del encargo directo en *house* al privado en sentido lato, esto es a sujetos de derecho privado también controlados en el capital por el ente local encargante¹⁴⁰ pero estructurados como sociedades de capitales. Esta línea interpretativa pone en crisis la fórmula de la PPP, al menos en las versiones concebidas y puestas en acción por muchos *Länder* alemanes y austriacos, y por muchas empresas municipalizadas italianas, obligando a repensar la subsidiariedad horizontal en los servicios industriales o comerciales.

5. Posición constitucional de las autonomías territoriales menores, dato funcional, estructura organizativa y financiera, conformación democrática de ellos presentan diferencias tales de hacer imposible una, aunque sea sumaria, clasificación a escala europea y a mayor radio global. Por lo tanto, es problemático individualizar, aunque sea solamente en tentativa, líneas de tendencia del poder local, de colocar en el cuadro total de la interacción entre los diversos niveles de gobierno. Sin embargo, no es difícil constatar que, al menos en Europa, se verifica en el último decenio o un poco más un significativo reforzamiento funcional de los entes locales. Basten, en la variedad de las experiencias analizables, tres ejemplos verosímelmente representativos.

En Gran Bretaña, y mejor dicho, en Inglaterra y Gales, el *Local Government Act* del 2000 ha actuado una clamorosa innovación de liberalización, abrogando la secular obligación de las autoridades locales exponenciales de intereses generales a actuar *intra vires*: la s.2 sustituye en efecto la doctrina conocida precisamente como *ultra vires* con el principio "*promotion of well-being*", una especie de "*general welfare clause*", que habilita condados y distritos a actuar en el interés de las respectivas comunidades con plena facultad de sostener gastos, cooperar o realizar acuerdos con personas físicas o jurídicas en el ámbito de los planos de estructura participada definidos "*community strategy*" (s.4), susceptibles de intervención de tutor del *Secretary of State*. En sustancia se trata de una verdadera y real transición del autogobierno tradicional, fundado sobre funciones típicas determinadas por leyes, de la autonomía. De reflejo, podrá resultarle aventajada también la praxis de recurrir al partenariado.

En Francia, las últimas tendencias de la organización municipal son acompañadas por la reforma constitucional aprobada con la ley constitucional del 28 marzo 2003¹⁴¹. Una de las líneas portadoras del diseño reformador es el de la ampliación de los espacios de autonomía funcional de los entes territoriales, de modo particular, por cuanto aquí nos interesa, de la municipalidad¹⁴².

138 Ver también, G.F.Ferrari, *Servizi pubblici locali*, citada, 1877 y ss.

139 Sent. 18.11.1999, causa C-107-98.

140 Con las sentencias Stadt Halle e RPL Recyclingpark Lochau GmbH, 11 enero, causa C-26/03, DPCE, 2005, 834, con nota de G.F. Ferrari, así como Parking Brixen GmbH, 13 octubre, causa C-458/03, DPCE, 2006, 271 y ss., con nota de G.F.Ferrari.

141 Para una primera panorámica del conjunto, ver, M. Verpeaux, *La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République: libres propos*, en *Revue française de droit administratif*, 2003, 661. En la doctrina italiana, ver en particular M. Mazza, *Decentramento e riforma delle autonomie territoriali in Francia*, Torino, Giappichelli, 2004 y M. Calamo Specchia, *Un nuovo "regionalismo in Europa, Il decentramento territoriale della Repubblica francese*, Milano, Giuffrè, 2004.

142 Ver, O. Gohin, *La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France*, in *L'actualité juridique - Droit administratif*, 2003, 522. En la doctrina italiana, ver por ejem. El número monográfico 2/2003 de *Amministrazione*, 169 sgts. y A. Mastromarino, *decentrare "alla francese": la legge di riforma costituzionale n. 2003-276*, en *Pol. dir.*, 2004, 347 ss.

La reforma declina la ampliación de la autonomía funcional de las municipalidades ya sea enunciando, el art. 72, c.3, el principio de libertad de la administración¹⁴³, reforzado por la previsión referida en el primer párrafo del c.5, por el cual no es admisible la tutela de una administración territorial frente a otra¹⁴⁴, ya sea constitucionalizando, siquiera en una versión un poco tímida, el principio de subsidiariedad¹⁴⁵ que, al menos en la óptica de un futuro desarrollo¹⁴⁶, se coloca como presupuesto para el aumento, cualitativo y cuantitativo, de las materias de competencia de las administraciones de las comunas¹⁴⁷. Por el contrario, la ampliación de la autonomía de las municipalidades encuentra expresión en la previsión de un poder reglamentario inherente de las administraciones territoriales¹⁴⁸. Sobre este punto, la previsión pone fin al debate alrededor de la configuración de un simple poder que, precedentemente a la reforma, había animado el debate doctrinal¹⁴⁹. Además, la ley, sobre la base de las previsiones de la ley orgánica, puede otorgar a las municipalidades la posibilidad de derogar¹⁵⁰, en vía experimental y dentro de estrechos límites, a las previsiones legislativas y reglamentarias concernientes el ejercicio de sus competencias. La innovación no es de poca envergadura: en efecto, ella contradice el principio, sólido en la cultura francesa, de *unité de la règle* y, a través la misma, la estructura fuertemente centralizada de la administración de Francia¹⁵¹. Ella, además, constituye un primer elemento de diferenciación entre las potestades normativas de los entes locales, por el carácter experimental de la posibilidad de derogar a la disciplina general dictada en la normativa estatal.

Sin embargo, la valorización de la autonomía de las colectividades locales no encuentra adecuada verificación en los mecanismos de control por parte del Estado sobre lo actuado por las mismas colectividades. En efecto, en extrema síntesis, más allá de

143 El principio de libertad de la administración local era ya previsto por el texto de las colectividades locales de 1983. Para una reconstrucción general del mismo, ver, J. Benoît, *La liberté d'administration locale*, in *Revue française de droit administratif*, 2002, 1065.

144 Sobre el punto ver, F. Séners, *La prohibition de la tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre*, in *Revue française de droit administratif*, 2004, 519. En todo caso, el dictado constitucional aclara, en el mismo párrafo, que no constituye tutela, por parte de una colectividad, la actividad finalizada a organizar las modalidades de acción común de un grupo de colectividades con el fin de ejercer una competencia de interés común. La distinción entre actividades legítimas de coordinación e, ilegítimas, de tutela, puede ser prácticamente difícil. En esta materia, el art. 1511-1 del *code général des collectivités territoriales* establece que si una colectividad territorial de nivel superior tiene el poder, atribuido por la ley, de coordinar determinadas actividades de los entes territoriales de nivel inferior (por ejemplo la coordinación por parte de las regiones de las iniciativas de las comunas en materia de políticas para el desarrollo económico y social, sobre el punto ver, L. Benoît, *Décentralisation et développement économique: la nouvelle répartition des compétences*, in *L'actualité juridique – Droit administratif*, 2005, 1883), el gobierno estatal debe vigilar que dicha actividad de coordinación no se convierta en actividad de tutela.

145 Ver art. 72, c. 2, Const. Fr.: «*Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon*». La doctrina francesa ha resaltado de inmediato la intrínseca debilidad de la expresión «*tienen voción*»; por otro lado, ella ha subrayado el carácter meramente de procedimiento, y finalizado a la eficiencia, del enunciado en examen. Sobre el punto ver, J.F. Brisson, *Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales*, in *L'actualité juridique – Droit administratif*, 2003 529.

146 Actualmente, la ampliación de las materias de competencia de las administraciones locales encuentra una limitación en la contemporánea valorización de los entes regionales.

147 Ver, J.F. Brisson, obra citada.

148 Art. 72, c. 3 Const. Fr.

149 En referencia al mencionado debate, ver, P.L. Frier, *Le pouvoir réglementaire local: force de frappe ou Puissance symbolique?*, in *L'actualité juridique – Droit administratif*, 2003, 559.

150 Ver, art. 72, c. 4 Cost. Fr. Cfr. B. Faure, *Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité*, in *Revue française de droit administratif*, 2004, 1150.

151 Sobre el punto, ver, B. Faure, *op. cit.* e F. Crouzatier-Durand, *L'expérimentation locale*, in *Revue française de droit administratif*, 2004, 22.

cualquier innovación de carácter terminológico¹⁵², el sistema de los controles no recibe particulares innovaciones; es más, este se hace más apremiante en los nuevos campos abiertos de la reforma a la intervención de las colectividades territoriales y locales¹⁵³.

En España, parece moverse en el sentido del reforzamiento de la esfera de la autonomía local la ley 12/2002, del 5 de julio, modificatoria de la ley 8/1987, y el anteproyecto de ley básica del gobierno y la administración local del 22 de noviembre de 2005.¹⁵⁴

Por último, en Italia, el crecimiento funcional de los entes locales se ha realizado, en la segunda mitad de los años 90, con un cuadro constitucional invariado, por efecto de las leyes n.59 y 127 de 1997 y de sus decretos de desarrollo, por comenzar por el decreto legislativo 112. Esta disciplina ha involucrado a las Regiones, asignando las atribuciones administrativas devueltas hacia abajo directamente a Comunidades y Provincias, o a estas últimas junto a las regiones. Dicha iniciativa ha parecido a muchos en contradicción con el cuadro constitucional vigente, que indicaba que las funciones administrativas fuesen desenvueltas por las Regiones en las materias de competencia legislativa concurrente, salvo el mandato de los entes locales territoriales (art.118). La Corte constitucional, además, ha considerado legítimo el nuevo orden¹⁵⁵, posteriormente sanado y reforzado por la revisión constitucional del 2001, que ha reforzado las garantías para los entes locales, con la protección de la potestad reglamentaria de los entes locales de conformidad con la organización y el desarrollo de las funciones administrativas (art.117.6), la general atribución a las Comunidades de las funciones administrativas, salvo la necesidad de ejercicio unitario por parte de entes de nivel superior (art. 118.1), la nueva disciplina de la autonomía financiera de los entes locales (art. 119), y la supresión de los controles sobre los mismos entes locales.

Este conjunto de garantías constitucionales hace del sistema italiano un modelo de neoregionalismo a tres motores, del cual el inferior ha adquirido una fuerza funcional tal vez superior a la del nivel intermedio. En este sentido, el ordenamiento italiano se separa de los otros modelos europeos y se acerca tal vez a las técnicas seguidas por los ordenamientos federales ibero-americanos, y en particular del brasileño¹⁵⁶, en el cual se habla precisamente de federalismo tridimensional.

Otra tendencia del gobierno local, decididamente menos consolidada y más esporádicamente relevante en los ordenamientos europeos, es la de la expansión de las formas de participación democrática. En el sistema francés, por ejemplo, se consolida en dos fases posteriores, a distancia particularmente cercana: la adopción de la ley n. 276

152 Se pasa entonces de la dicción delegado de gobierno a la de representante del Estado.

153 Sobre el punto, ver, B. Flamand-Lévy, *Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat*, en *Revue française de droit administratif*, 2004, 59. Como nota el autor, en efecto, la habilitación legislativa de la potestad reglamentaria experimental de los entes locales encuentra equivalencia en un control legislativo.

154 Las contribuciones doctrinales en la materia son muy numerosos: por todos, recientemente F.Caamaño Rodríguez, *Autonomía local y constitución. Dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato*, en *Rev. esp. der. const.*, 2004, 161 sgts.; T.Font y Llovet, *Reforma básica y desarrollo del gobierno local: entre Estado y comunidades autónomas*, *An.gob.loc.*, 2003, 13 sgts., así como *La administración local en las comunidades autónomas*, *Informe com. Aut.*, 2005, 630 sgts.; V.Escuin Palop, *Notas sobre la autonomía y descentralización a favor de los entes locales*, en J.M.Baño León, J.Climent Banbená, *Nuevas perspectivas del Régimen local*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, 757 sgts.; L.Míguez Macho, *El sistema de las competencias locales ante el nuevo pacto local*, en *Rev. Est. Adm. Loc.*, 2002, 37 sgts.

155 Corte const. sent. 408/1998, 206/2000 y 110/2001. Ver, G.F.Ferrari, G.Parodi (ed.). *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova, Cedam, 2003.

156 Ver la reconstrucción sintética de F.Fernández Segado, *El federalismo en América latina*, cit., 91 y ss.

del 27 de febrero 2002 y la citada reforma constitucional. La ley n. 276/2002 se encarga de potenciar los instrumentos de participación y de información de los ciudadanos, en cuanto se refiere a la acción y, más en general, de la vida política de las municipalidades¹⁵⁷. La reforma constitucional, en cambio, instituye el referendium local, superando la histórica desconfianza¹⁵⁸ de la cultura jurídica francesa hacia los institutos de democracia directa. No es que el ordenamiento francés no conociese el instituto; sin embargo, éste era admitido solamente a nivel nacional o, a nivel local, en forma meramente consultiva¹⁵⁹. En cambio, por medio del instituto disciplinado por el art. 72-1. c. 2¹⁶⁰, introducido en la Constitución francesa por la reforma constitucional, los ciudadanos tienen la posibilidad de determinar la entrada en vigor de un acto de alcance general, en vía de adopción en la municipalidad en la cual residen¹⁶¹.

6. El comparatista asiste a transformaciones de épocas, como las que solamente se ha mencionado sumariamente, muñido de la capacidad de diagnosis y prognosis solamente más afinadas de las del publicista interno o internacional. Por otra parte, el *multilevel constitutionalism* requiere instrumentos de análisis diversos de los tradicionales, o al menos aplicados en manera más compleja.

Las unidades territoriales de los Estados han padecido no solamente transformaciones que han hecho inciertos los confines de los modelos federales y regionales, sino verdaderas y reales heterogenesis de los fines, adaptándose al desencadenamiento de fuerzas desconocidas con anterioridad, como la superación de los límites estatales por parte de la economía y de las finanzas, el advenimiento de tecnologías también ellas incontenibles en los confines territoriales, la consolidación de un orden capitalista global presidido por instituciones multilaterales de ámbito mundial, la discrasia entre el sistema en variados niveles de gobierno de la economía y la articulación de la dirección política.

Los modelos normativos de un orden global tardan sin embargo en consolidarse armónicamente, como lo demuestra el análisis politológico, que hace evidente por un lado el despertar de la identidad y el ethos de las “comunidades de destino”¹⁶² y por el otro la necesidad del surgir de una sociedad civil transnacional y de una *global polity*¹⁶³, después de la erosión desde el interior de los modelos estatales, que ha vaciado la soberanía sin proporcionar adecuados *proxies* por las prerrogativas perdidas.

La fórmula de la *governance* a varios niveles, con articulaciones reticulares, que tanta fortuna ha tenido en el debate político y jurídico, no es una solución transitoria y de compromiso considerada idónea para enfrentar en esta fase evolutiva las exigencias de un policentrismo global, en espera que se consoliden equilibrios más estables.

La cultura de los derechos humanos en perspectiva *multilevel* se ha venido presentando como una de las tantas ideas fuerza del momento histórico, portadora de una

157 Para utilizar la expresión de la ley n. 276, la «*participation des habitants à la vie locale*». Sobre las innovaciones aportadas por la mencionada ley, ver, M. Verpeaux, *La loi relative à la démocratie de proximité ou la proximité, une solution pour la démocratie locale?*, in *Revue française de droit administratif*, 2003, 261.

158 Ver, P. Delvolvé, *Le référendum locale*, in *Revue française de droit administratif*, 2004, 7.

159 Ver, P. Delvolvé, obra citada.

160 Y concretamente disciplinado por la ley orgánica n. 705/2003.

161 Ver, M. Verpeaux, *Référendum local, consultations locales et Constitution*, in *L'actualité juridique – Droit administratif*, 2003, 541.

162 Como dice M.Castells, *The Power of Identity*, Oxford, Blackwell, 1997.

163 Como dicen D.Held, A.McGrew, D.Goldblatt, J.Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999

potencialidad evocativa extraordinaria, capaz de enderezar “la madera torcida de la humanidad”¹⁶⁴, pero también de una extraordinaria mejoría, no solamente en el plano de las normas sino también sobre el de la efectividad, de la condición del individuo, provisto de la posibilidad de optar entre más incisivas tutelas de las propias posiciones jurídicas, al límite del *forum shopping*, al menos en los contextos más evolucionados. Este modelo ha nacido y se ha desarrollado en los términos más maduros e históricamente en Europa, pero las convenciones del área continental le han exportado a América y África, e incluso a Asia, tradicionalmente considerada refractaria a la cultura de los derechos y más sensible al aspecto de los deberes, está dando signos de resquebrajamiento de su monolito.

Desde el plano organizativo, la subsidiariedad, al menos en Europa o a partir de ella, tiende a presentarse como otra idea fuerza: suficientemente elástica para no precluir cualquier implicación biunívoca, abre los ordenamientos estatales a relaciones con realidades supranacionales y juntas se prestan a un reorden pluralista en su interior, con el consecuente reorden dinámico de las fuentes.

Se debe constatar que los pronósticos acerca del futuro de la Unión Europea formulados por cuantos tendían a razonar desde el interior de las tradicionales categorías del derecho constitucional se orientaban en el sentido de su evolución hacia la consolidación de un Estado federal, bien que sea *sui generis* o especial, llevase, ciertamente en el ámbito de la codificación contenida en una Carta constitucional rígida, primero a la introducción del principio de separación de los poderes y luego a la adopción de los criterios de gobierno de las fuentes elaborados entre 1800 y 1900 y admitidos por los Estados, es decir sucesión en el tiempo, jerarquía, competencia, esta última utilizable, como la experiencia histórica ha demostrado, ya sea en los federalismos duales y en aquellos corporativos. Los instrumentos constitucionales de los dos niveles, en una conformación de perdurante, pero recíprocamente regulado, dualismo, habría permitido disciplinar el contraste de normas en términos clásicos de invalidez. Por parte de otros, se prefiguraba en cambio en clave monista el advenimiento de un ordenamiento común en el cual el criterio jerárquico solo bastaría para poner fin a las antinomias entre normas comunitarias y normas internas, y el juicio sobre el conflicto entre ellas habría sido resuelto en términos de invalidez de las segundas, en vez de en términos de especialidad de las primeras y de desaplicación de las segundas. Ninguna de estas dos perspectivas hoy en día se ha verificado. Por el contrario, ha sido el Derecho europeo el que ha impuesto en muchos ordenamientos miembros la fórmula mucho más flexible y dinámica de la subsidiariedad, que se separa significativamente de los órdenes clásicos de la teoría de las fuentes.

Por el momento, es difícil decir si este resultado se debe al incompleto proceso de integración entre los ordenamientos, cuya salida federal podría indicar al sistema a un modelo monístico. En una fase sucesiva, luego, un sistema unificado podría reabrirse a fórmulas organizativas más tradicionales, empeñadas en la separación, sobre los contra pesos entre poderes y órganos, sobre el reparto funcional de tipo de la competencia, en resumen sobre los mecanismos considerados típicos del Estado de derecho maduro ya sea sobre el lado de la forma de gobierno que sobre el del sistema de las fuentes. Pero, hasta ahora, ni siquiera el primero de los dos ciclos evolutivos ahora indicados se ha completado, sino al contrario la sugestión cultural e institucional del derecho europeo ha llevado consigo, al menos en algunos de los Estados miembros, o más disponibles a la emulación vertical o menos sólidos en la actuación de propios modelos, elementos de flexibilidad en las relaciones intergubernamentales y en la disciplina

164 Según la célebre expresión de Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity. Chapters in the History of Ideas*, London, Murray, 1959.

de las fuentes típicas, a cuanto parece hasta hace poco tiempo atrás, de ordenamientos publicistas incompletos o no completamente desarrollados, inoculando de este modo en el sistema en su conjunto elementos dinámicos y de fluidez que parecen difícilmente reversibles.

Desde el plano metodológico, dichas ideas fuerza suben a instrumento de racionalización de realidad extremadamente fragmentaria y variada, casi imposible de comprender en síntesis plausible: no es un caso que Jürgen Habermas ya hablara en 1985 de "*neue Unübersichtlichkeit*"¹⁶⁵.

A pesar de no poderse negar la necesidad de formas de unificación cultural y tanto menos de formulas a alto potencial sugestivo, es necesario cuidarse de las modernas versiones del determinismo que intentan encarcelar la complejidad en interpretaciones holísticas que hacen de la evolución un instrumento epistemológico o, peor aún, un precepto. El presumible caos de los ordenamientos jurídico-políticos, que se manifiesta en asimetrías, pluralismo fragmentado, crisis de criterios ordenadores de las fuentes, desfiguraciones del modelo de Estado social, tiene más que nunca necesidad de afinamientos metodológicos y de relativismo democrático, para decirlo con las palabras de Feyerabend¹⁶⁶, que de certezas milenarísticas.

165 Frankfurt, *Die neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V*, Frankfurt a. M., Suhrkamp Verlag, 1985.

166 P.K. Feyerabend, *Farewell to Reason*, London-New York, Verso, 1987.