

COMENTARIOS Y NOTAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PODER EXTERIOR REGIONAL EN EL AMBITO DEL PAPEL DE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL SOBRE LAS RELACIONES ESTADO - REGIONES

Alberto Azzena

Catedrático de Derecho administrativo
de la Universidad de Pisa

Paolo Carrozza

Profesor titular de Derecho público comparado
de la Universidad de Florencia

1. En una fase histórica en que el conjunto de circunstancias, algunas estructurales (la crisis económica y sus «reflejos» político-institucionales), otras ocasionales (el debate sobre las diversas hipótesis de reforma institucional), han producido una nueva «oleada» de estudios y de reflexiones sobre la experiencia regional italiana de carácter marcadamente reformador-proponente, la posibilidad de proceder a un análisis comparativo con las experiencias extranjeras de descentralización político-normativa de base territorial («etiquetadas» formalmente como federales o regionales) resulta muy provechosa y rica para posteriores puntos de reflexión.

Y esto es mucho más útil en la medida en que, mientras que desde hace tiempo la doctrina ha llamado la atención sobre los límites y las ambigüedades del título V de la Constitución italiana, el debate «oficial» sobre reformas institucionales en materia de ordenación regional (y de las autonomías «menores») parece estancarse, oscilando entre hipótesis de simple adecuación del marco normativo ofrecido por la Constitución y perspectivas (no siempre claras) de superación del mismo; sin embargo, sólo se le puede hacer un único, aunque decisivo, reproche: el de «apuntar» demasiado hacia una presunta especificidad de la experiencia regional italiana, que acaba así por contradecir las líneas de desarrollo que emergen unívocamente del conjunto de las experiencias extranjeras, tanto —y quizás sea éste el dato más interesante— las de aquellas más consolidadas, por ejemplo las ordenaciones federales de los Estados Unidos y de la RFA, como las de aquellas de formación más reciente, por ejemplo las ordenaciones «regionales» de España y de Bélgica.

2. De manera muy esquemática, estas tendencias se pueden resumir en los siguientes puntos (que, sin embargo, no hay que interpretar como aspectos aislados de la realidad institucional, sino como factores interrelacionados por una estrecha relación de causa-efecto):

a) *El fracaso definitivo en la configuración de las relaciones Estadolentes descentralizados en términos de separación de las respectivas esferas de acción* (y, por lo tanto, de los respectivos poderes normativos, administrativos, etc.). En los EUA, la separación de la teoría del *Dual federalism* se produjo con el *New Deal* de Roosevelt y, a partir de la segunda guerra mundial, las relaciones federación/Estados se inspiraron en la teoría de las llamadas *intergovernmental relations*: este modelo se basa, por definición, en la necesaria

cooperación centro-periferia en la gestión de programas (relativos a servicios sociales o a intervenciones económicas, etc.) íntegramente elaborados y financiados por la federación (directamente por el ejecutivo o también a través de agencias así llamadas y de las *independent commissions*) y llevados a cabo por los Estados. Todo el mundo sabe que la anormal expansión de las intervenciones y de la *regulation* federales han inducido, desde la administración Johnson, a elaborar políticas de restitución progresiva de los poderes normativos y de decisión a los Estados (similar era la finalidad, por ejemplo, del *Creative Federalism* de Johnson, de la *New Partnership* de Carter, etc., hasta la *deregulation* de Reagan, cuyo programa, sin embargo, se diferencia de los precedentes por el hecho de presuponer una drástica reducción de los programas federales de asistencia o de «welfare»).

Pero esta evolución también caracteriza las experiencias de ordenaciones en las que, desde el principio, la idea de la «separación» de las esferas de acción había sido mediada por la introducción de formas de cooperación, más o menos evidentes y cuantitativamente importantes, en el ejercicio de las actividades normativas y a través de la idea de «competencia» normativa, ya sea en términos de principio/detalle (como en Italia, de manera más limitada en la RFA, en España —sólo en algunas «materias»— y en Bélgica) o de la llamada «competencia imperfecta», como ocurre cuando una materia es atribuida en línea de principio a la competencia normativa descentralizada, excepto el poder del Estado central de legislar en la misma materia con efectos total o parcialmente abrogatorios de la legislación descentralizada preexistente (sistema utilizado preferentemente por los miembros de la Asamblea constituyente de Bonn). Precisamente en la RFA se produjo una experiencia muy similar a la de los EUA a partir, sobre todo, de los años de la *Gran coalición* (1966-69); utilizando en parte instrumentos previstos en la Constitución y en parte mediante una serie de modificaciones del mismo texto constitucional, se intentó configurar las relaciones federación/Estados en términos de colaboración recíproca (el llamado *federalismo cooperativo*). Pero, a pesar de que ha sido absorbido bastante bien, este desarrollo ha producido una reacción drástica de los poderes normativos de los *Länder*, de manera que la doctrina alemana más autorizada se ha dado cuenta de que, por una frase, afirmada en el artículo 70.1 GG (que atribuye carácter puramente residual a la competencia normativa de la federación) es totalmente pleonástica y, según otra frase, todas las materias formalmente atribuidas a la competencia «exclusiva» de los *Länder* deben ser consideradas actualmente *res mixta* (Stern). Esta evolución institucional ha sido eficazmente sintetizada por Hess (desde principios de la década de los años 60) en la fórmula *unitarische Bundesstaat*.

b) Esta evolución ha tenido una consecuencia, a menudo pasada por alto, que es de gran importancia para comprender la «actualidad» tanto del texto constitucional italiano como de otros textos elaborados tras la segunda guerra mundial (e incluso más recientes): *la extrema dificultad, por no decir imposibilidad, de anclar el reparto de competencias entre el Estado y los entes descentralizados en un criterio «material» objetivo*. Así ha sido, por ejemplo, la experiencia de los EUA: a lo largo del siglo XIX, la mayor parte de la actividad del Tribunal Supremo se concentró en una incesante obra «política» de puntualización y de concretización «material» de las fórmulas genéricas utilizadas por los miembros de la Asamblea constituyente para definir y «limitar» los poderes de la federación, enumerados conformemente al naturalismo o al finalismo por «materias». Pero, como ya se ha puesto de manifiesto (Predieri), quizás se puede perdonar una

ingenuidad como ésta a los miembros de la Asamblea constituyente estadounidense de 1787, y también, aunque menos, a los italianos y a los alemanes tras la segunda guerra mundial; pero fue duramente criticada en el caso de los españoles de 1978 (García de Enterría), y hablaremos a continuación de cómo los miembros de la Asamblea belga han intentado eludir parcialmente la cuestión.

Lo que más interesa destacar es que la representación concreta de las respectivas esferas de acción, garantizada por el carácter constitucional de las disposiciones a las que se ha confiado la ímproba tarea de definir las «materias» de competencia regional (estatal o federal, lo cual no cambia demasiado, en la práctica, el tema), ha entrado en crisis al mismo tiempo que la idea misma de la «separación» de tales esferas de acción. Ni en esta crisis ha podido aportar un remedio apreciable el reparto «horizontal» de las competencias normativas entre leyes principio o marco y leyes de actuación o detalle (unas de competencia estatal, las otras de competencia regional) sobre las cuales se basa el reparto de competencias en la ordenación italiana para las regiones con Estatuto ordinario. En este sentido, se ha observado (Carli) que ni tan siquiera el Tribunal Constitucional ha podido definir nunca abstractamente «principio» y «detalle», y quizás no podrá definirse nunca como carácter «absoluto», como sería necesario para deducir consecuencias decisivas sobre la legitimidad de los poderes respectivos. *De hecho, tanto en los EUA y en la RFA, como en Italia, la definición «material» de las esferas de acción de Estado y de entes descentralizados que figura en los respectivos textos constitucionales está aún «semánticamente», antes que jurídicamente, privada casi totalmente de significado: un cuadro más realista de las funciones (ya no materias) atribuidas a la competencia normativa de los entes descentralizados se presenta en los EUA a través de las sentencias del Tribunal Supremo (en el siglo XIX) y de los programas federales de intervención y de asistencia (en las últimas décadas, los *grants in aid*, los *blocks grants*, etc.), en la RFA a través de la legislación federal «competente» y por los acuerdos federación/Estados para la realización de los *Geimenschaftsaufgaben*, en Italia por el decreto 616, mediante una infinidad de leyes estatales de sector y, por lo menos en determinados aspectos, por las leyes de financiación aprobadas anualmente por el Estado.*

No obstante, con una diferencia fundamental: esta pérdida progresiva de peso «normativo» de los Estados miembros o regiones ha sido mejor absorbida en las ordenaciones caracterizadas por un *federalismo de ejecución (Vollzugsfederalismus)* con respecto a las ordenaciones caracterizadas por el principio de paralelismo de funciones normativas (primarias) administrativas. En realidad, en las primeras (como en los EUA y en la RFA), esta evolución ha sido en cierta medida compensada por el aumento de los poderes (y de los aparatos) administrativos descentralizados y unida al desarrollo del *welfare state* (dado que en estos países los servicios administrativos son distribuidos en su práctica totalidad por los entes descentralizados y la burocracia central concentra su actividad en una cantidad relativamente limitada de «materias»: defensa, orden público, política fiscal, monetaria, etc.). Por el contrario, en las segundas (como por ejemplo Italia), se ha asistido a la «duplicación» de los aparatos administrativos (centrales y locales, competentes en las mismas «materias») y a la consiguiente difusión de un fenómeno organizativo no previsto en un principio como es el de la *administración mixta*.

c) La crisis del modelo «garante» de la separación de las esferas de acción ha tenido, sin embargo, una segunda consecuencia, tan fundamental como la primera:

la crisis progresiva del papel de los tribunales constitucionales como «árbitro» del correcto reparto de las competencias legislativas y administrativas entre el Estado y los entes descentralizados.

Llamados a desarrollar una función niveladora de las relaciones entre el Estado y los entes descentralizados, los tribunales han tenido cada vez menos puntos de referencia (parámetros) seguros y dotados de carácter absoluto para resolver los conflictos normativos. O, mejor dicho, al no poder basarse exclusivamente en las genéricas formulaciones constitucionales, los tribunales han tenido que anclar las definiciones de «materias» o de «principios» ofrecidas en ocasiones en los únicos parámetros concretos disponibles, es decir, en la misma legislación federal y estatal destinada a limitar o a definir los límites y el ámbito «objetivo» de la legislación de los entes descentralizados; pero, por esta vía, han acabado jugando un papel más político que jurisdiccional que ha estado a punto de comprometer seriamente su «autoridad».

Ya desde 1923, en *Massachusetts versus Mellon*, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos comenzó a considerar inadmisibles los recursos de los Estados contra las leyes federales que éstos asumían como abstractamente lesivas para su ámbito de competencias por falta del requisito de la «concretización». Pero, sobre todo a partir del *New Deal*, el Tribunal Supremo adoptó un riguroso *selfrestraint* en materia de relaciones federación-Estados, y con los tribunales Warren y Burger se cuentan con los dedos de una mano los casos de sentencias de cierta importancia relativas a estas relaciones: el sistema de las *intergovernmental relations* ha podido, por lo tanto, afirmarse —con la consiguiente expansión de las actividades normativas federales en perjuicio de los Estados— con el consentimiento tácito del tribunal, que ha concentrado su actividad preferentemente en la tutela de los derechos y de las libertades fundamentales. El principio que se ha afirmado tanto en doctrina (Wechsler, Choper, Tribe) como en la práctica es el de la relevancia exclusivamente «política» de la definición de los poderes de la federación y de sus relaciones con los Estados.

Por otro lado, esta doctrina también ha caracterizado la experiencia del tribunal del Karlsruhe: si bien es cierto que se ha asegurado una cierta defensa del papel de los *Länder* mediante el principio de la llamada *garantía del peso sustancial* (*substantiell gewicht*) de las competencias normativas de éstos últimos, no es menos cierto que nunca se ha considerado debatir el uso del poder federal de abolir la legislación de los *Länder* en las materias llamadas de competencia imperfecta, por el hecho que se trata de intervenciones sometidas a la valoración exclusivamente discrecional del legislador federal.

Después de las polémicas de los años 70 sobre el papel del tribunal en las relaciones Estado-regiones, también el tribunal italiano parece haber tomado un camino no demasiado diferente, que tiende a evidenciar el obstáculo de afrontar las relaciones Estado-regiones en términos casi exclusivamente de garantismo, mientras que lo más necesario parece que es la garantía de coordinación y de colaboración incluso en el ejercicio de la actividad normativa (Paladin); entonces la tendencia pasa a ser la de considerar cuestiones decisivamente «políticas», sometidas por lo tanto a la valoración del tribunal, relativas a la definición estatal de los ámbitos respectivos de intervención.

Pero este tipo de «desembrague» del tribunal en lo relativo al papel de mediador desarrollado en un principio no parece que facilite el deber de garantizar la equilibrada explicación de las relaciones de colaboración entre Estado y regiones y, en consecuencia, la aceptación de un papel más acorde a las tendencias en marcha, que resultan de la sintética reconstrucción que antecede.

Lejos, en efecto, de verse comprometidas por las disputas sobre el alcance de las recíprocas esferas de competencia, las posibilidades de acuerdo entre el Estado y las regiones en lo relativo a las funciones que pueden desarrollar más provechosamente uno u otros, en lo relativo a las características del sector material de intervención específico, deberían verse facilitadas por la existencia de una esfera en cuyo ámbito se garantice la competencia regional. De otra forma, las regiones estarían a disposición del Estado y faltaría la posibilidad de compensación a través de renunciaciones equilibradas de ambas partes, que constituyen la esencia de cada acuerdo.

En otros términos, esto se conseguiría con más dificultades si no se garantizase a las regiones un mínimo de poderes susceptibles de ser objeto de convenio para llegar a un acuerdo de colaboración.

En esta perspectiva, los respectivos ámbitos de materiales de competencia no deben separarse por una línea neta de demarcación (según la que parece ser la hipótesis de Predieri, ya citada anteriormente), sino por un paquete de competencias indistintas que dé paso a posibles acuerdos con el fin de precisar a quién corresponden las decisiones, a los órganos estatales o regionales, según el caso. Mientras que en la perspectiva contraria, dadas las actuales «relaciones de fuerza», las regiones, al no poder realizar ninguna concesión —dado que no poseen una esfera de atribuciones cuantificable con exactitud— se verían obligadas a contentarse con lo que el Estado les «concediera» de acuerdo con una más o menos intensa inclinación al *self-restraint* del momento. Además, sin las bases para un acuerdo, es decir, sin una cierta dotación de competencias regionales, sólo podría producirse un acto estatal unilateral de (modesta) atribución de las regiones.

Es básicamente por este motivo que preocupa la actitud mantenida por el tribunal en la reciente sentencia n.º 187, en virtud de la cual se ha negado al Valle de Aosta, como competencia exclusiva del Estado, el poder de «concertar acuerdos con entes territoriales de un Estado extranjero» y ha anulado, por lo tanto, el Protocolo de colaboración establecido el 9 de julio de 1976 en Mogadiscio entre el asesor jefe del Valle de Aosta y el presidente de la región del Bajo Scabelli.

En efecto, se niega radicalmente cualquier poder regional en una «materia» en la cual, incluso a la luz de la ya no muy reciente Convención de Madrid sobre la cooperación transnacional, aparecen cada vez más legítimos los estímulos, que se multiplican, para regular directamente cuestiones y relaciones que por su particularidad o localización conciernen casi exclusivamente a regiones que pertenecen a Estados diferentes, más que referirse a intereses generales de los mismos. Se compromete así la posibilidad de las regiones de adquirir poderes que permitan ir hacia una solución de los problemas específicos, incluso en el ámbito de lo acordado con el Estado conformemente a las hipótesis de colaboración. Si, por el contrario, se reconociese un mínimo de poder regional en la concertación de acuerdos de este tipo, resquebrajando así, de manera casi imperceptible, el monopolio estatal en esta materia, se daría paso a la instauración de una correcta relación de colaboración que permitiese al Estado, como titular exclusivo del poder (unitario) de dirigir la política exterior, dictar los criterios y las condiciones normativas en que deben inspirarse y a que deben someterse los acuerdos entre entes territoriales locales italianos y extranjeros en las materias de su competencia para no comprometer intereses nacionales unitarios, sino más bien para favorecer su tutela.

Con la relación configurada de esta manera, la que parece que es la preocupación

fundamental que surge de la motivación de la sentencia (común a las sentencias precedentes sobre la misma cuestión) se haría menos evidente; es decir, que el reconocimiento de una posibilidad limitada para las regiones y los demás entes territoriales de dimensión local de concertar acuerdos con entes similares de otros Estados pudiera perjudicar la unidad del Estado, cuya tutela se especifica en el artículo 5 de la Constitución en forma de opciones de política exterior, en contraste con aquellas propias de la dirección política estatal. Lo confirma el hecho de que en los Estados federales, en los cuales se reconoce el poder exterior local, la unidad de la política exterior nunca ha sido menoscabada.

En lo que al resto se refiere, siguiendo un planteamiento similar no haríamos más que repetir, por lo menos en lo relativo a las regiones, el esquema más general de las relaciones Estado-ente local que deriva de la Constitución y de los Estatutos especiales y que reserva al Estado, en las materias de competencia regional, el poder de dirección en las opciones fundamentales (tanto si se traduce en principios fundamentales, en normas de reforma económico-social como en directrices de gobierno y de coordinación) y a las regiones el deber de llevar a cabo, a nivel legislativo o administrativo, estas opciones, «adaptándolas» (como se acostumbra a decir) a las propias exigencias, vistas a la luz de las orientaciones políticas de cada gobierno regional.

La objeción según la cual el hecho de reivindicar un poder regional en materia de acuerdos con otras regiones de países extranjeros perjudicaría la hipótesis de colaboración entre Estado y regiones (Caretto) no parece, por lo tanto, que tenga fundamento alguno, ya que, al contrario, con la posibilidad por parte de las regiones de hacer reconocer un mínimo de competencias en la materia la hipótesis de colaboración se vería favorecida. En realidad, para desgranar la paradoja debemos preguntarnos cómo puede haber colaboración allí donde la competencia es de un único ente.

Por lo que respecta a las motivaciones posteriores de la sentencia que estamos examinando, centradas preferentemente en la exclusividad de la subjectividad internacional del Estado, y dada la reserva del «poder exterior» por parte de varias disposiciones constitucionales, parece que ni tan siquiera hay referencia a la territorialidad de los poderes regionales, tal como se ha observado, en Sicilia, en otra ocasión.

Vale la pena, en cambio, detenerse en otros dos puntos de la motivación.

Si se acepta la idea de que el reparto de competencias por materias tenga una función que es salvaguardada incluso en la perspectiva de las relaciones Estado-regiones de carácter colaborador, hay que compartir la afirmación de que la «materia» de la ayuda a los países en vías de desarrollo excluida la competencia regional exceptua la necesidad de verificar a posteriori si realmente el acuerdo anulado corresponde a esta materia.

Respecto al otro punto, que nos interesa más, es conveniente hacer una estimación del recurso de apelación a las normas del DPR 182/82, que de manera similar a lo ocurrido para las regiones ordinarias con el DPR 616/77 y para Cerdeña con el DPR 348/79, autoriza a la región del Valle de Aosta a desarrollar actividades de promoción en el extranjero, subordinándolo a la previa consecución de «acuerdos» con el Estado que se inscriben precisamente en la óptica de colaboración. Aunque sorprenda que la equidad de este mecanismo haya pasado desapercibida, como en el caso de otros que eventualmente se podrían introducir, se puede realizar un sistema de garantía al amparo de la unidad de dirección de política exterior reservada exclusivamente al Estado que la concilie, haciéndola del todo compatible, con el reconocimiento de un

mínimo de «poder exterior» regional, y que elimine las preocupaciones que inspira la posición de intransigente negativa del tribunal hacia este reconocimiento.

Cabe por lo tanto desear que el tribunal suavice en un futuro su postura y no comprometa, al negar cualquier competencia regional en ésta o en otras materias, la realización de la hipótesis de colaboración, a la cual se manifiesta favorable.

Tanto es así que los tribunales de la RFA y de los EUA han podido adoptar, mientras tanto, una actitud de *self-restraint* tan pronto como han podido confiar la «defensa» de la causa de los entes descentralizados a la naturaleza federal de la segunda cámara: pero esta actividad está, por el contrario, barrada al tribunal italiano y también, por ejemplo, al español, ya que estos Senados no son de esta naturaleza. Tampoco parece que sea realista formular su transposición en este sentido, tal como se señala cada vez que se habla de la «cámara de las regiones».

De esta manera, en el ordenamiento italiano las posibilidades de asegurar eficaces *garantías políticas de la estructura descentralizada* de la ordenación parecen confiadas a otros instrumentos institucionalizados de unión entre el Estado y las regiones que también inciden en el ejercicio de la función normativa. Queda un gran problema, aún no resuelto completamente: ¿dónde situar un órgano de coordinación y de unión: en el gobierno (como se propone cada vez más intensamente) o en el parlamento, que es todavía el titular de la función normativa (aunque lo es cada vez menos de la función de iniciativa legislativa, por lo menos en perspectiva)?

Menos fácil parece el camino que ha tomado recientemente Bélgica, en cuyo ordenamiento se ha intentado asegurar una mayor funcionalidad del sistema anclando la definición concreta de las «materias» de competencia normativa descentralizada en un conjunto de leyes adoptadas según un procedimiento singular, que tiende a conferir a las regiones un papel decisivo en esta actividad. Éste es un camino que sale a la luz incluso en la propuesta por parte de las regiones de eliminación de la llamada *frontera móvil* (Predieri) mediante la consolidación de la definición de las competencias regionales en una especie de ley orgánica (o incluso mediante una reforma del texto constitucional); sin embargo, sí que se puede preguntar, dado que es posible, si esta frontera «cerrada» constituye en realidad una garantía eficaz y, sobre todo, por cuánto tiempo podría continuar siendo actual; resulta más que peregrina la eventualidad de que una redefinición tan rígida de las competencias regionales acabe, más tarde o más temprano, con las definiciones de las materias ofrecidas en el texto constitucional italiano, así como en otros textos constitucionales.

La conclusión es, por tanto, que la superación del sistema garante de la separación de las esferas de acción comporta la vulgarización de cualquier forma de garantía de «contenido» formal por el hecho de que es fácilmente susceptible de tratamiento jurídico mediante recurso a los tribunales constitucionales o a otros instrumentos de este tipo. Será necesario establecer, especialmente en el plano político, garantías más eficaces, asumiendo las formas de garantías de procedimiento. Es una especie de «desquite» de Kelsen, pero de momento parece que son la única solución realista al problema de la estabilización de las relaciones Estado/regiones en la época del federalismo (o regionalismo) cooperativo.

