

THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet

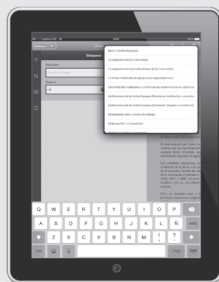


THOMSON REUTERS

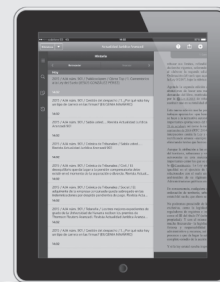
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCION Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



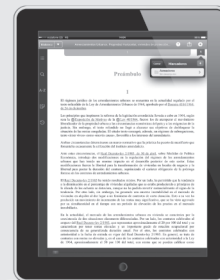
HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido



THOMSON REUTERS



INSTRUCCIONES PARA ACCEDER A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA DE ESTA REVISTA

- La compra de esta revista en **papel le da derecho a acceder a su versión electrónica** gracias a la aplicación de eBooks ProView de última generación desarrollada por Thomson Reuters.
- Al comprar la revista, tanto en modalidad suscripción como un número individual, **le habrán solicitado su Correo Electrónico**. Si no es así, por favor, póngase en contacto con su Agente Comercial o con su Librería de referencia para gestionar el alta en la versión electrónica de la revista.
- A continuación, **Thomson Reuters le enviará un Correo Electrónico con el Asunto "ProView - Confirmación de acceso"** donde se le detallarán los **pasos a seguir** para registrarse en ProView (si es la primera vez que usa la aplicación). En este proceso de registro, usted deberá de crear su propio Nombre de Usuario y Contraseña. Finalmente, en dicho Correo Electrónico, se le detallará desde dónde podrá acceder y/o descargarse la aplicación para consultar su revista en formato electrónico.
- En cualquier caso, en la siguiente página encontrará las **instrucciones** para acceder y/o descargarse ProView.
- Recuerde que la aplicación ProView podrá usarla tanto desde su **ordenador como desde una tableta**.
- Para más información sobre ProView, por favor, acceda a la siguiente página web:

<http://www.tienda.aranzadi.es/proview/>

Cómo acceder a Thomson Reuters Proview™:

- **iPad:** Acceda a AppStore y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Android:** acceda a Google Play y busque la aplicación **"ProView"** y descárguela en su dispositivo.
- **Navegador:** acceda a **www.proview.thomsonreuters.com**
- **Aplicación para ordenador:** acceda a **http://thomsonreuters.com/site/proview/download-proview** y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.





REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT ZEITSCHRIFT
RIVISTA DI DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO
REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW
REVUE DU DROIT CONSTITUTIONNEL EUROPÉEN
REVISTA DE DRET CONSTITUCIONAL EUROPEU
EUROPAKO KONSTITUZIO ZUZENBIDEAREN ALDIZKARIA
REVISTA DE DEREITO CONSTITUCIONAL EUROPEO

25

Año 13, número 25, Enero-Junio de 2016

El impacto de la crisis económica en las instituciones
de la Unión Europea y de los Estados miembros (II)

THOMSON REUTERS
ARANZADI

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, José A. Montilla Martos, Ricardo Martín Morales, Miguel Azpitarte Sánchez, Enrique Guillén López y Juan Francisco Sánchez Barrilao

DIRECTOR

Francisco Balaguer Callejón

SECRETARIO

Miguel Azpitarte Sánchez

SECRETARIOS ADJUNTOS

Enrique Guillén López
Ricardo Martín Morales
Juan F. Sánchez Barrilao

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Gregorio Cámara Villar

SECCIÓN DE LEGISLACIÓN

María Luisa Balaguer Callejón

EDITORES

Ángel Rodríguez
Antonio de Cabo de la Vega
Baldomero Oliver León
María Dolores Martínez Cuevas
Augusto Aguilar Calahorra

José María Porras Ramírez
José Manuel Martínez Sierra
Concepción Pérez Villalobos
Adoración Galera Victoria
Susana Ruiz Tarrías

Agustín Ruiz Robledo
José A. Marín Gámez
Ramón Orza Linares
Francisco Javier Durán Ruiz
Juan Ignacio Signes de Mesa

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE DE HONOR: Peter Häberle

PRESIDENTE: Carlos de Cabo Martín

VOCALES

Ricardo Alonso García
José Asensi Sabater
Paola Bilancia
A. Antonio Cervati
Lorenzo Chieffi
Francesc de Carreras Serra
Miguel Ángel García Herrera
Tania Groppi
Fulco Lanchester
Antonio López Castillo
Gonzalo Maestro Buelga
Gilmar Ferreira Mendes
Martin Morlok
Alessandro Pizzorusso
Gil C. Rodríguez Iglesias
Modesto Saavedra López
Antonio Torres del Moral
Gustavo Zagrebelsky

Miguel Ángel Aparicio Pérez
Mercé Barceló Serramallera
Roberto Blanco Valdés
Manuel Contreras Casado
José Francisco Chofre Sirvent
Francisco del Río Muñoz
Manuel Gerpe Landín
Christian Hillgruber
Diego J. Liñán Noguera
Francisco López Menudo
Stelio Mangiameli
Roberto Miccù
Alessandro Pace
José Antonio Portero Molina
Giancarlo Rolla
Remedio Sánchez Ferriz
Alejandro del Valle Gálvez

Xavier Arbós Marín
Javier Barnés Vázquez
Carmen Calvo Poyato
Javier Corcuera Atienza
Ricardo Chueca Rodríguez
Jacqueline Dutheil de la Rochère
José Joaquim Gomes Canotilho
Javier Jiménez Campo
Juan Fernando López Aguilar
Antonio López Pina
Miguel Martínez Cuadrado
Lothar Michael
Miguel Pascual Liaño
José Carlos Remotti Carbonell
Roberto Romboli
Sixto Sánchez Lorenzo
Jaume Vernet i Llobet

Rainer Arnold
Rafael Barranco Vela
Antonio Cántaro
Pedro Cruz Villalón
Antonio D'Atena
Teresa Freixes Sanjuán
Yolanda Gómez Sánchez
Markus Kotzur
Alberto López Basaguren
Jörg Luther
Didier Maus
Lucía Millán Moro
Ingolf Pernice
Paolo Ridola
Francisco Rubio Llórente
Helmuth Schulze-Fielitz
Eduardo Virgala Foruria



Gestión de Publicaciones en materia de Administraciones Públicas

Dirección postal y electrónica

Revista de Derecho Constitucional Europeo. Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho.

Plz. de la Universidad, s/n. 18001 Granada.

redce@ugr.es - Telfs.: 958 24 34 51 - 958 24 34 55 - 958 24 62 92

ISSN: 1697-7890. DL: GR-1316/2004 - Imprime: Rodona Industria Gráfica, SL

Editorial Aranzadi, S.A.U.

31190 Cizur Menor (Navarra)

REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Año 13, número 25, Enero-Junio de 2016

**El impacto de la crisis económica en las instituciones
de la Unión Europea y de los Estados miembros (II)**

SUMARIO

PRESENTACIÓN	11
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
ESTUDIOS	
Gobierno de la economía y desarrollo democrático de la Unión Europea. Apuntes sobre el principio de solidaridad.....	21
ANGELO SCHILLACI	
Reformas en la gobernanza e incertidumbres en la culminación de la Unión Económica y Monetaria	49
LAURA FROSINA	
Los procesos de integración política en la espiral de la gobernanza económica.....	73
TOMMASO NICOLA POLI	
ARTÍCULOS	
Cinco crisis europeas -posibilidades y límites de una teoría constitucional para Europa	109
PETER HÄBERLE	
Sobre un acercamiento dialógico al Derecho Constitucional Europeo	123
LAURENCE BURGORGUE-LARSEN	
El presupuesto habilitante del Decreto-Ley ante la crisis económica.....	161
PATRICIA GARCÍA MAJADO	

PERFILES/NOTICIAS

- El jurista en su contexto. A Peter Häberle en su 80 cumpleaños 195
 ANDREAS VOBKUHLE
 THOMAS WISCHMEYER

TEXTOS CLÁSICOS

- Igualdad y justicia en el artículo 3 de la Constitución Italiana (y II) 231
 CARLO ESPOSITO

JURISPRUDENCIA

- El Tribunal Constitucional ante el conflicto de conciencia del farmacéutico: una
 solución de compromiso a gusto de nadie 255
 LAURA GÓMEZ ABEJA

LEGISLACIÓN

- Crónica de legislación europea 285
 M^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN

FORO

- La financiación del Estado de bienestar: entre tangos y milongas..... 299
 JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ

NOTICIAS DE LIBROS

- Ricardo Chueca (dir.), «Dignidad Humana y Derecho Fundamental», Centro de
 Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2015. 444 páginas. 329
 JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ
- Miguel Ángel García Herrera, José Asensi Sabater, Francisco Balaguer Callejón
 (coords.). «Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín»,
 Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. 1382 páginas 335
 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ



Presentación







En la Presentación del número 24 de la ReDCE cuestionábamos las alternativas que la Unión Europea había ofrecido al Reino Unido para favorecer un resultado positivo al referéndum sobre el «Brexit». Ya decíamos entonces que «sorprende el rigor extremo que se ha seguido con algunos países (también mediante instrumentos jurídicos más que criticables) frente a la extrema generosidad que se ha manifestado con el Reino Unido para resolver un problema que no existía antes de que el propio Primer Ministro lo planteara». Las concesiones al Reino Unido situaban a la Unión Europea más allá de su condición de «comunidad de Derecho» con el desplazamiento de las normas fundamentales, que habrían dejado de aplicarse en determinados ámbitos sin reformar previamente los Tratados. Pero ni siquiera esas condiciones inapropiadas han servido para promover una votación favorable a la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea.

Son muchas las reflexiones que se pueden hacer sobre el referéndum del «Brexit», sobre su carácter improvisado, sobre la frivolidad que supone convocar un referéndum sin tener la menor idea de cuál sería el camino a seguir en el caso de que triunfara la opción que cambia la posición global del Reino Unido, aceptando todo tipo de propaganda basada en datos manifiestamente falsos y otras vertientes más que discutibles. Pero la que más nos interesa, desde el punto de vista constitucional, es la de la propia compatibilidad de un proceso referendario de estas características con la democracia pluralista. Se trata de una reflexión necesaria en tiempos en los que estos procesos se presentan como la panacea que permite legitimar cualquier tipo de iniciativa política.

El constitucionalismo del siglo XX evolucionó en algunos países europeos hacia las constituciones normativas a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Un avance significativo que partió de la trágica experiencia de sistemas democráticos que habían dado un poder soberano e ilimitado a la mayoría, permitiendo la im-



plantación de regímenes totalitarios que provocaron la guerra y exterminaron de manera sistemática a sus opositores políticos. El constitucionalismo de las constituciones normativas se asienta sobre la idea de la democracia pluralista, de la apertura permanente del sistema, de la reversibilidad de las opciones de gobierno y de la diferenciación clara y rotunda entre el nivel del gobierno, en el que rige el principio mayoritario, y el nivel constitucional, a través del cual se controla política y jurídicamente a la mayoría y se garantizan los derechos de las minorías y la democracia pluralista.

La demanda cada vez más frecuente de procesos refrendatarios nos plantea ahora el problema de la articulación de mecanismos de democracia directa dentro de sistemas que están contruidos sobre la idea de la democracia pluralista. Ambos conceptos de democracia no son incompatibles porque la democracia directa puede ser un modo de ampliar el espacio político consultando a la ciudadanía opciones de gobierno que permitan respuestas no condicionadas por los mecanismos de democracia representativa. Desde esa perspectiva, los procesos refrendatarios pueden ser coherentes con la idea de democracia pluralista y extender las fronteras del debate público, haciendo que ese debate se abra a la sociedad en su conjunto.

Cuestión distinta cabe plantearse cuando el referéndum no afecta solamente a opciones de gobierno sino a decisiones fundamentales de naturaleza constitucional que, por tanto, pueden incidir también en la democracia pluralista. Una democracia avanzada se basa en el consenso sobre las cuestiones esenciales, dejando a las opciones de gobierno aquellas decisiones que no pueden contradecir los principios constitucionales precisamente porque sobre ellos se ha producido ya el consenso fundamental de la sociedad en el momento de aprobar la Constitución y son una garantía de los derechos de las minorías. Esa diferenciación entre el nivel de gobierno y el nivel constitucional explica que se requieran consensos más amplios incluso en los procedimientos legislativos cuando se pretenden regular aspectos sensibles respecto de las normas fundamentales del sistema.

En el caso del referéndum constitucional, se somete a consulta un texto normativo al que se le exige generalmente un alto consenso, con mayorías reforzadas, lo que implica que ese texto se ha aprobado previamente de acuerdo con las condiciones propias de una democracia pluralista, de manera que la ratificación final se mueve en el marco de esas condiciones democráticas. Hay que tener en cuenta también que el texto que se somete a referéndum se mueve siempre dentro de los términos de una reforma constitucional, sometida a los procedimientos formales previstos en la Constitución y con límites materiales que es necesario respetar, ante todo en aquello que no sea objeto de la reforma y, en algunos sistemas constitucionales, en

las disposiciones intangibles establecidas por la propia Constitución. Naturalmente, partiendo siempre de la base de que, en un proceso refrendatario, es el «sí» que pretende modificar el orden constitucional el que necesita obtener legitimidad, por cuanto la situación existente, en un contexto democrático, cuenta ya con una legitimidad propia.

Esta activación previa de la democracia pluralista contribuye a reducir la tensión que se manifiesta siempre en una consulta popular, en la que generalmente se decide en torno a una opción simple y dicotómica, un «sí» o un «no» sin matices a la propuesta. El carácter necesariamente simplificador del proceso resulta difícil de encajar con la complejidad de la democracia pluralista y puede obstaculizar la integración basada en la promoción del consenso. En el contexto de una reforma constitucional que haya sido objeto de negociación previa y que presenta a referéndum un texto con un alto grado de consenso entre los representantes políticos, esa tensión se diluye y el proceso refrendatario puede funcionar como un factor de integración política. Por otro lado, la consulta opera también, en estos supuestos, como mecanismo de control político de la ciudadanía sobre sus representantes, y no como mero instrumento de decisión.

Sin embargo, la decisión refrendataria de «independencia» de un territorio, como ha ocurrido con la de retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido se produce sobre un «vacío democrático»: se trata de una opción de un claro alcance constitucional que no ha sido objeto previo de consenso sino que, por el contrario, expresa una división social fundamental en la que el resultado del referéndum va a determinar los derechos y la forma de vida de generaciones futuras sin que opere, en modo alguno, con carácter previo, la democracia pluralista en sus técnicas y mecanismos de articulación de consensos entre los diversos sectores sociales. Por un reducido porcentaje de votos, el 51,9 % frente al 48,1% se ha decidido, en el referéndum celebrado el 23 de junio de 2016, abandonar la Unión Europea. El referéndum no ha resuelto el problema más que en el ámbito jurídico, en el que se procederá a dar trámite a la decisión de abandono voluntario de la Unión. Por el contrario, dejando a un lado la vertiente económica, en la que se ha iniciado una deriva que parece comprometer seriamente a la economía del Reino Unido, en el ámbito político y social su resultado está provocando una auténtica convulsión, con la aparición de graves fracturas que ponen en cuestión la propia existencia del Reino Unido como país.

El llamado «Bregret» que se ha generado en gran parte de la sociedad inglesa, unido a la consternación de los que salieron derrotados, propició iniciativas inmediatamente posteriores a la celebración del referéndum como la recogida de firmas

para solicitar una segunda consulta, basadas justamente en la idea que no es suficiente para adoptar una decisión de esta naturaleza con la mayoría de los votos sino que se debe requerir un porcentaje mínimo de participación del 75% con una mayoría cualificada del 60% a favor que, de no obtenerse, debería dar lugar a un segundo referéndum. Es preciso advertir que esta propuesta se sigue manteniendo en la misma lógica de aceptar un resultado favorable de una mayoría no cualificada aunque sea en un segundo referéndum. Esa es la lógica en la que se mueve el constitucionalismo inglés, en el que los consensos esenciales se han ido sedimentando históricamente sin que pueda hablarse de grandes brechas o rupturas sociales que hayan puesto en cuestión los fundamentos del sistema. La cultura democrática inglesa, tan admirable en tantos sentidos, no se ajusta, sin embargo, a las condiciones de una sociedad progresivamente segmentada en el plano cultural, religioso y territorial, en el contexto de la globalización. Las brechas sociales se han manifestado de manera dramática no sólo en el plano territorial sino también, de manera llamativa, en el generacional, teniendo en cuenta la distribución del voto por edades y la importante diferencia entre los grupos más jóvenes de edad, favorables a permanecer en la UE y los grupos de mayor edad, favorables al Brexit.

Esas brechas sociales sólo se pueden ver agrandadas con procesos refrendatarios en los que la división de la sociedad sobre cuestiones de alcance constitucional se vean sometidas a decisiones basadas en un «sí» o un «no» por la simple mayoría de los votos emitidos, sin tener en cuenta el porcentaje de participación ni exigir una mayoría cualificada que exprese un consenso social mínimo. Supone una involución, desde el punto de vista del desarrollo constitucional, aceptar que una simple mayoría pueda decidir sin límite alguno sobre el conjunto de la sociedad cuando se trata de ámbitos de naturaleza constitucional que deben reflejar consensos sociales significativos.

La gran lección que, desde una perspectiva constitucional, podemos aprender del «Brexit» y de los problemas que ha generado y generará en el futuro en el Reino Unido es la de que, para hacer coherentes los procesos refrendatarios con la democracia pluralista, es necesario que se trasladen a esos procesos las condiciones constitucionales de protección de las minorías y de garantía del pluralismo, cuando afecten a cuestiones de naturaleza constitucional. En el caso de las reformas constitucionales formales, existiendo procedimientos previos que garantizan un consenso social básico, el referéndum (como instrumento que sirve además a los fines del control político de los representantes) no opera sobre un vacío democrático, como sí ocurre en los casos en los que se pretende la separación de un territorio de una unidad política previamente existente. Para llenar ese vacío democrático es necesario

requerir consensos superiores en los procesos refrendatarios de esa naturaleza, que garanticen que la decisión será compatible con las exigencias de la democracia pluralista.

La parte monográfica del número 25 de la ReDCE está dedicada a la reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea, con la que publicamos la segunda y última serie de estudios sobre «El impacto de la crisis económica en las instituciones de la Unión Europea y de los Estados miembros». Se trata de una temática que ha sido objeto del Proyecto de Investigación desarrollado en el marco del Centre of Excellence on European Integration and Globalization (Ei&G), a través de la red global de colaboradores del Centro que expusieron sus ponencias en el Congreso Internacional que se celebró en Granada en los días 10 y 11 de diciembre de 2015. La investigación se centró en el análisis de la gobernanza económica de la Unión Europea atendiendo a sus últimas reformas y a las necesidades futuras de revisión orientadas a una mayor integración política. El gobierno económico de la UE debe ser más funcional desde el punto de vista de los resultados y favorecer el desarrollo del proyecto europeo sobre la base del reforzamiento de la solidaridad. La relación dialéctica entre ambos objetivos es habitual en los Estados con pluralismo territorial (en especial en los Estados Federales) en los que se utilizan diversos criterios para conjugar solidaridad y funcionalidad económica. Por ese motivo, la investigación contrastó los mecanismos de gobierno económico y de solidaridad interterritorial de Estados federales y regionales con los que existen actualmente en la Unión Europea, intentando aportar propuestas de reforma de la gobernanza económica europea y de avance en la integración política.

Siguiendo la metodología del Derecho Constitucional Europeo, además del estudio específico del Derecho de la Unión Europea, se analizaron también algunos Estados federales o descentralizados (Alemania, España, Italia, Bélgica, Reino Unido) para determinar qué técnicas podrían servir de modelo a la Unión Europea para posibles reformas de la gobernanza económica que impulsen la solidaridad interestatal y la integración política. En este número de la revista se publican la ponencias de Angelo Schillaci, «Gobierno de la economía y desarrollo democrático de la Unión Europea. Apuntes sobre el principio de solidaridad», la de Laura Frosina «Reformas en la gobernanza e incertidumbres en la culminación de la Unión Económica y Monetaria» y la de Tommaso Poli «Los procesos de integración política en la espiral de la gobernanza económica». Todas las ponencias y comunicaciones de este Proyecto de Investigación se publicarán, en su idioma original, en un libro colectivo de próxima aparición.

La sección de artículos está encabezada por un trabajo del Presidente de Honor de nuestro Consejo Asesor, el Profesor Peter Häberle, «Cinco crisis europeas – posibilidades y límites de una teoría constitucional para Europa», seguido de un texto de la jurista francesa Laurence Burgogues-Larsen «Sobre un acercamiento dialógico al derecho constitucional europeo» y de un trabajo de Patricia García Majado «El presupuesto habilitante del decreto-ley ante la crisis económica».

La sección Perfiles está dedicada a Peter Häberle, con la publicación del Homenaje que le dedicaran el Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Andreas Voßkuhle y Thomas Wischmeyer: «El jurista en su contexto. A Peter Häberle en su 80 aniversario». En la sección de Textos Clásicos hemos incluido la segunda parte del texto de Carlo Esposito sobre «Igualdad y justicia en el artículo 3 de la Constitución italiana». Agradecemos de nuevo a Carla Esposito su amabilidad al proporcionarnos muchos de los textos del gran jurista italiano, algunos de los cuales iremos traduciendo y publicando en nuestra Revista.

En el apartado de Jurisprudencia incorporamos el trabajo de Laura Gómez Abeja «El Tribunal Constitucional ante el conflicto de conciencia del farmacéutico: una solución de compromiso a gusto de nadie». En el de Legislación, María Luisa Balaguer Callejón da cuenta de una amplia normativa encabezada por Directivas de gran relevancia relacionadas con el desarrollo de los Derechos Fundamentales a nivel europeo.

El Foro recoge un texto del que fuera Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Juan López Martínez, sobre «La financiación del Estado de bienestar: entre tangos y milongas». Se trata de la conferencia que pronunció con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrón de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en enero de 2016.

Por último, en la Sección dedicada a las noticias de Libros, se incluyen dos libros colectivos de especial interés para el equipo que elabora esta Revista. En primer lugar, el dirigido por Ricardo Chueca, bajo el título de *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, comentado por José María Porrás Ramírez. Se trata de una obra fundamental de cuya importancia da cuenta no sólo su temática sino también la entidad de su director y de los autores que la suscriben.

En segundo lugar, el coordinado por Miguel Ángel García Herrera, José Asensi Sabater y por mí, *Constitucionalismo Crítico. Liber Amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, comentado por Enrique Guillén López. Comoquiera que yo he participado tanto en la Presentación de esa obra cuanto en la Semblanza Personal del Profesor De Cabo que se publica en el libro (y dibujado

incluso el retrato con el que se abren sus dos Volúmenes) poco puedo decir más que agradecer a Miguel Ángel García Herrera y a José Asensi el esfuerzo realizado para la edición de este Homenaje al Presidente del Consejo Asesor de nuestra Revista. Muy especialmente a José Asensi, por toda la ilusión que ha puesto en este proyecto desde que comenzara a idearse con motivo de la Investidura de Carlos de Cabo, a propuesta suya, como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante. Que el *Liber Amicorum* contiene aportaciones esenciales a nuestra disciplina es algo que se puede constatar fácilmente leyendo la lista de sus 50 autores (comenzando por el propio Miguel Ángel García Herrera y el espléndido trabajo que ha preparado para esta obra colectiva). Por lo demás, me limitaré a hacer más las palabras de Enrique Guillén en su comentario: «la comunidad científica está de enhorabuena ante este emplazamiento a pensar, a discurrir, para crear con rigor e imaginación nuevas estructuras argumentales precisas que contribuyan a revitalizar el constitucionalismo».

En el número anterior de la revista ya decíamos que el año 2015 ha sido particularmente triste para constitucionalistas y juristas y dábamos cuenta de la desaparición física de algunos de nuestros grandes maestros. Una relación que terminábamos en los primeros días del año 2016 con la referencia al Profesor Rubio Llorente sobre el que ya señalamos el enorme vacío que ha dejado en la vida pública española y europea en un momento crucial en el que su sensatez y su inteligencia eran más necesarias que nunca. En mayo de 2016 nos dejó también Jesús Leguina, un extraordinario jurista que ha realizado una contribución esencial, desde la Universidad y desde el Tribunal Constitucional, al desarrollo de nuestro Derecho Público. Un mes antes, en abril de 2016, fallecía Pedro de Vega, maestro de varias generaciones de constitucionalistas, cuyo pensamiento es una parte fundamental de nuestro patrimonio constitucional común. Siempre recordaremos la brillantez de su discurso y la profundidad de sus reflexiones, que tanto han iluminado el constitucionalismo de nuestra época.

Antes de terminar esta Presentación, tengo que hacer referencia a un cambio en el organigrama de la Revista. Miguel Azpitarte ha pasado a desempeñar el cargo de Secretario de la ReDCE, sustituyendo así a José Antonio Montilla que ahora tiene nuevos compromisos universitarios con la Dirección del Departamento de Derecho Constitucional y de la Cátedra Fernando de los Ríos de nuestra Universidad. José Antonio sigue, naturalmente, vinculado a nuestra Revista como miembro destacado del Consejo de Dirección. A José Antonio debemos agradecerle su esfuerzo continuado durante estos doce años de desempeño de la Secretaría de la Revista, que ha contribuido decisivamente a su éxito. A Miguel debemos agradecerle que haya asumido un compromiso mayor, si cabe, con este proyecto académico al que tanto

tiempo le viene dedicando ya como Secretario Adjunto. El Profesor Häberle ha caracterizado siempre a Miguel Azpitarte como «discípulo maestro» porque realmente aprendemos mucho más de él que lo que hayamos podido aportarle sus «maestros». Cualquiera que lo conozca sabe que esta Revista es más obra suya que de José Antonio o mía, así que el cambio quizás no se note mucho por parte de las personas que nos leen. Para el equipo que elabora esta Revista y singularmente para Gregorio, María Luisa, Ricardo, José Antonio y para mí, es una enorme satisfacción comprobar que una generación más joven como la de Miguel Azpitarte, Enrique Guillén o Juan Francisco Sánchez Barrilao están en condiciones de tomar el relevo.

Por último, en el apartado de agradecimientos, tenemos que mencionar a la editorial Thomson Reuters, que publica la edición impresa y en e-Book de la ReDCE. Igualmente, al sustento permanente que supone la Fundación Peter Häberle. También, en el ámbito nacional, al Proyecto de Investigación DER2013-42960-P: «La dimensión constitucional del proceso de integración europea en el contexto de la globalización» y en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización y al Centre of Excellence on European Integration and Globalization, Ei&G.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional.

Catedrático Jean Monnet ad personam.

Director del Centre of Excellence on European Integration and Globalization (Ei&G).



Estudios





GOBIERNO DE LA ECONOMÍA Y DESARROLLO DEMOCRÁTICO DE LA UNIÓN EUROPEA. APUNTES SOBRE EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD*

ANGELO SCHILLACI

Investigador de la Universidad de Roma «Sapienza»

SUMARIO:

1. Premisa.
2. Principio de solidaridad, desarrollo democrático y el papel de los Parlamentos (y de los Tribunales) en el Gobierno de la economía.
3. Principio de solidaridad y pluralismo territorial.
4. Las cuatro dimensiones del principio de solidaridad en la Unión Europea.
5. La ambigua solidaridad de las medidas anticrisis.

1. PREMISA

El análisis de la relación entre el gobierno de la economía y el desarrollo democrático de la Unión Europea remite a un problema amplio y complejo, cuya definición está llena de ambigüedad. En primer lugar, se trata de establecer qué se entiende por gobierno de la economía, cuáles son sus relaciones con el concepto de «governance», usado de modo frecuente en el mismo campo semántico y, sobre todo, cuáles son los problemas específicos del gobierno de la economía y su desarrollo democrático desde una perspectiva constitucional¹.

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez

1 El debate sobre el concepto de «governance» es muy rico. Para un inventario de los problemas del concepto desde el plano constitucional, véase en particular F. BALAGUER CALLEJÓN, «Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello», *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2016 (http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/04/Parlamenti-nazionali-e-Unione-europea-nella-governance-multilivello_ita.pdf) (visitado en mayo de 2016)–, en especial cuando afirma que «la alternativa entre governance y gobierno esconde la alternativa entre modelo constitucional y

Esta serie de cuestiones, vista desde el ángulo del derecho constitucional, subraya con claridad un problema: a saber, el de la legitimidad democrática de los instrumentos de gobierno de la economía y, más en general, el relativo al alcance y significado último del propio concepto de Constitución económica, que es preferible al de «governance». Se trata de cuestiones que han generado un rico debate, sobre todo en el constitucionalismo de la segunda postguerra, puesto que la relación entre economía y derecho es el intento de dar un marco constitucional a la gestión de las dinámicas del mercado, con el fin de orientar su desarrollo para contener la desigualdad y fomentar la realización de un proyecto constitucional de liberación y promoción social de la persona, lo cual señala, bien visto, el itinerario histórico del constitucionalismo moderno².

En relación al proceso de integración europea, por otro lado, surgen problemas específicos, ligados, como es obvio, al papel desarrollado especialmente por (algunos) gobiernos nacionales en la articulación de las políticas de gestión de la crisis económico-financiera que explotó a partir del 2008, suscitando con fuerza, en parte

democrático y otro modelo de decisión basado en la legitimación funcional y (aparentemente) técnica, que quiere neutralizar el conflicto político y eludir la responsabilidad» (p. 11). Una reconstrucción crítica del concepto de «governance» la ofrece G. COMMISSO, «La governance nell'economia sociale di mercato. Una interpretazione foucaultiana», en *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2015, pp. 265 y ss. Como dice Comisso, en concreto, las posiciones que ven en la «governance» un «proceso en condiciones de favorecer praxis de consenso, transparentes inclusivas y responsables que ponen en funcionamiento múltiples saberes/competencias y redes de actores que tienen el objetivo de componer las fracturas que atraviesan la política y la economía» (p. 266), se contraponen a posiciones críticas, que muestran que «en su funcionamiento concreto, la «governance» se articula en un conjunto de estrategias discursivas y técnicas que producen las condiciones para el ejercicio de la libertad económico-política necesaria para ampliar los intercambios económicos y los movimientos del capital global» (p. 267). En la perspectiva del derecho constitucional, tal polaridad nos remite al nexo entre neoliberalismo, individualismo metodológico y orientación de las dinámicas económicas según la finalidad constitucionalmente relevante de tutela de los derechos y garantía de la igualdad, y, por tanto, a la tensión entre perspectiva neoliberal de la autonomía del mercado y recuperación de una solidaridad que reenvía a la dimensión social y comunitaria; véase G. COMMISSO, op. cit., pp. 269 y ss. y 274 y ss., y, sobre todo, P. RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 154 y ss.

2 Respecto a este punto P. RIDOLA, «Diritti di libertà e mercato nella costituzione europea», en su libro, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 139 y ss.; también M. LUCIANI, «Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini», *Questione Giustizia*, 2012, pp. 92 y ss.; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, CEDAM, 2015; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, Aracne, 2012, por último F. SAITTO, *Economia e stato costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016.

inédita (también a la luz del robustecimiento de una conciencia pública a través de praxis de resistencia y lucha de movimientos anti austeridad en los Estados del sur de la Unión³), el problema del llamado déficit democrático de la Unión; pero, sobre todo, el problema de la legitimidad democrática y constitucional de las decisiones de política económica, en especial en lo relativo a su capacidad para incidir sobre la titularidad y efectividad de los derechos sociales fundamentales y la propia dignidad de la persona.

Desde una perspectiva más general, son muchas las dimensiones de la relación entre el gobierno de la economía y el desarrollo económico de la Unión Europea que podrían analizarse. Piénsese, por dar algunos ejemplos, en el papel del Parlamento en el control de las decisiones nacionales y europeas adoptadas en el ámbito de la articulación de las políticas de gestión de la crisis económica y de sus efectos, o, más en general, el control de las decisiones que inciden en el gobierno de la economía; o incluso, el sentido del pluralismo territorial y la ambigüedad que de éste pueda resultar en la articulación de la relación entre gobierno de la economía y desarrollo democrático. En definitiva, se ha de tener en cuenta la tensión —que en el proceso de integración europea es constitutiva y permanente— entre derechos y mercado, y, por tanto, entre integración económica e integración política; pero también, en un plano más general, entre legitimidad de las decisiones según el criterio de eficiencia —un aspecto ligado estrechamente a la ambigüedad ínsita en el concepto de «governance»— y legitimidad auténticamente constitucional de los instrumentos de gobierno de la economía.

En el marco de esta contribución, a través del principio de solidaridad y de su alcance específico en la materia de examen, me acercaré a los ámbitos ya sintéticamente esbozados⁴. Una elección de ese tipo nos remite a la necesidad de continuar reflexio-

3 Permítaseme el reenvío, también por la referencia a otras citas, A. SCHILLACI, «Democrazia, diritti, movimenti. Dimensioni costituzionali della crisi», en Aa. Vv., *The impact of the economic crisis on the EU institutions and Member States/El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y de los Estados miembros*, coord. F. BALAGUER CALLEJÓN-M. AZPITARTE SÁNCHEZ-E. GUILLÉN LÓPEZ-J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, Granada-Cizur Menor, Thomson, 2015, pp. 655 y ss.; también A. BAYLOS GRAU, «Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud dell'Europa», *Lavoro e diritto*, 2013, pp. 585 y ss.

4 Lo que, evidentemente, permite afrontar algunas cuestiones que están en el fondo de la reconstrucción del principio de solidaridad; para tales sugerencias remitimos a A. APOSTOLI, «Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale», *Costituzionalismo.it*, 1/2016 (http://www.costituzionalismo.it/download/Costituzionalismo_201601_552.pdf, visitado en mayo de 2016).

nando, en el panorama del constitucionalismo europeo, sobre el nexo –también constitutivo de nuestro patrimonio constitucional común– entre democracia y solidaridad. Como se ha afirmado, en verdad, «solo la presencia efectiva de indicios de solidaridad permite continuar definiendo como democrático a un sistema político»⁵. Hay, por tanto, un nexo muy estrecho entre democracia y solidaridad, que impone una reinterpretación del concepto de democracia en el panorama del constitucionalismo democrático y social de los siglos XX y XXI, llevándolo a una de sus declinaciones más sólidas y salientes; en definitiva, esto supone afirmar que la democracia social, o como afirmaba Aldo Moro, la «democracia integral»⁶, es una democracia cuya efectividad no se fía solo a los mecanismos de la representación, sino que ha de estar en contraste dialéctico y continuo con la práctica de la participación política en la concreta experiencia vital –ese «cruce entre historia y usos cotidianos»⁷– y, por tanto, también con la efectividad de los derechos sociales, según el criterio de igualdad sustancial y material, conforme está consagrado, por ejemplo, en el artículo 3.2. de la Constitución italiana. Una solidaridad que se traduce –a nivel normativo y de concreta articulación de las políticas públicas– en instrumentos de efectividad de los derechos sociales y, por tanto, de garantía de la igualdad sustancial, puede en suma representar las precondiciones para el ejercicio eficaz, consciente y responsable de la libertad política y, así, contribuir a mejorar la calidad de la vida democrática.

Más allá de la perspectiva aquí delineada, el principio de solidaridad, en relación a las reflexiones sobre la virtualidad del pluralismo territorial –en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea–, es un instrumento basilar de la construcción de un nuevo federalismo europeo.

En definitiva, en una perspectiva general, pero ligada al método del derecho constitucional europeo, se debe concentrar la atención sobre el principio de solidaridad, lo que permite volver a reflexionar, bajo una luz diversa, en torno a algunos aspectos fundamentales del constitucionalismo democrático en Europa. Se trata, por tanto, de mirar hacia atrás hasta llegar a la triada revolucionaria y recordar los distintos grados de los conceptos de fraternidad y solidaridad⁸, volviendo de este

5 Véase S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 10.

6 Permítase el reenvío a A. SCHILLACI, «Crise économique et crise démocratique en Europe: le défi d'une démocratie intégrale», en Aa. Vv., *Le droit constitutionnel européenne à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, coord. F. BALAGUER CALLEJÓN, A. VIALA, S. PINON, Clermont Ferrand, Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 239 y ss.

7 S. RODOTÀ, *Solidarietà*, op. cit., p. 57.

8 Al respecto, S. RODOTÀ, *Solidarietà*, op. cit., pp. 20 ss. También, A. APOSTOLI, «Il consolidamento della democrazia ...», op. cit., pp. 1 y ss. y sobre todo K. P. SOMMERMAN, «Some reflections

modo a pensar el alcance de los otros dos elementos de la triada: libertad e igualdad. En este sentido, basta recordar que en la reconstrucción del principio de solidaridad propuesta, por ejemplo, por Sommermann, toda la discusión sobre el principio de solidaridad se centra sobre dos polos de la relación entre reconocimiento de la autonomía individual y conciencia de la interdependencia, y, por tanto, con un enganche fuerte, por un lado, con el principio de libertad, y, por otro, con el de igualdad⁹. Pensemos, por ejemplo, en las reflexiones de Rodotà, que formula la relación entre solidaridad e igualdad en términos extremadamente fascinantes, en la medida en que está condicionada por el nexo entre solidaridad y reconocimiento de la diferencia, neutralizando un riesgo propio de la dinámica del principio de solidaridad, tendente a identificar solidaridad y principio identitario; el riesgo, por tanto, de una solidaridad que, especialmente en los círculos más pequeños, restringidos y homogéneos, asuma el aspecto de un instrumento de exclusión frente a la dinámicas más amplias de cooperación entre sujetos diversos, comunidades y grupos, que, sin embargo, materializan la dimensión constitucional y sistémica del principio de solidaridad¹⁰.

En otras palabras, la idea de fondo es la de una solidaridad entre personas diversas, alimentada del reconocimiento y dirigida estructuralmente hacia el nexo vital con las múltiples identidades que invocan reconocimiento e iguales derechos a participar en la construcción de la comunidad política: se trata, desde esta perspectiva, de redescubrir y consolidar el ligamen más profundo entre solidaridad y pluralismo político y cultural, con la intención de que se refleje, en definitiva, sobre la calidad de la vida democrática. La solidaridad, por tanto, aparece como una «construcción social», dotada de una «actitud cooperativa que no se puede eliminar», y en este sentido «es propio de la política considerar que el renovado cruce entre solidaridad e igualdad ofrece una gran oportunidad para reafirmar su propia función según los principios de un orden constitucional de fuerte legitimidad»¹¹. Se trata, como es

on the concept of solidarity and its transformations into a legal principle», *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 52-2014, pp. 10 y ss., 13 y ss.

9 K. P. SOMMERMANN afirma que «the principle of solidarity is based on the mutual recognition of the individual autonomy on the one hand and the awareness of the mutual dependance of the members of a given community on the other hand» («Some reflections...», op. cit., p. 10).

10 Afirma S. RODOTÀ que «el reconocimiento se presenta así como un ulterior elemento constitutivo de la solidaridad, con efectos inmediatos sobre el modo en el que se instituye su relación con la igualdad, la cual tiene en la aceptación plena de la diversidad su elemento fundante, y en su conjunción con la solidaridad define sus condiciones de inclusión», *Solidarietà*, op. cit., pp. 87-88).

11 Las citas se extraen de S. RODOTÀ, *Solidarietà*, op. cit., respectivamente de las pp. 90, 115 y 112. En la misma perspectiva K. P. SOMMERMANN, cuando afirma que el sentimiento de la solidaridad

evidente, por otro lado, de un aspecto de la historia conceptual del principio de solidaridad (y de su actual fenomenología) que resulta de especial importancia, en vista a una reflexión sobre el nexo entre principio de solidaridad, democracia y proceso de integración europea.

Desde esta óptica, por tanto, la reflexión sobre el principio de solidaridad es idónea para atravesar los tres ámbitos (señalados al comienzo) de la relación entre gobierno de la economía y desarrollo democrático europeo; esto es, el papel de los Parlamentos (control parlamentario, control jurisdiccional sobre el ejercicio de la discrecionalidad política y calidad de la vida democrática), el papel del pluralismo territorial (solidaridad entre diversos y su ligación con elementos de tipo cooperativo) y la tensión entre derechos y mercado (con su alcance en términos de la relación entre libertad e igualdad, bajo el perfil de la corrección en sentido solidario de los típicos efectos distorsionantes de interpretación extrema del principio de libre competencia).

2. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, DESARROLLO DEMOCRÁTICO Y EL PAPEL DE LOS PARLAMENTOS (Y DE LOS TRIBUNALES) EN EL GOBIERNO DE LA ECONOMÍA

La crisis económico-financiera que ha afectado a Europa en los últimos años –y en particular la crisis de deuda que ha golpeado a los Estados de la Europa del sur (antes a Irlanda)– ha tenido efectos significativos sobre los equilibrios entre el papel de los Parlamentos y el de los Gobiernos, sea al nivel europeo, sea al nivel nacional (con matices diversos). Las medidas adoptadas por las instituciones de la Unión y su actuación dentro de los Estados afectados resaltan nuevamente el cortocircuito, con diversos niveles de intensidad, entre el impacto de la crisis económica y la crisis de la democracia representativa¹². Los acontecimientos de los últimos años han mostrado

(«feeling of solidarity») es indispensable para la integración de una sociedad pluralista («*Some reflections...*», op. cit., p. 12).

12 Sobre este punto, en general E. CHITI, P. G. TEIXEIRA, «The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis», *Common Market Law Review*, 2013, pp. 683 y ss. Para una análisis exento de consideraciones dramáticas sobre las respuestas institucionales en el gobierno de la economía y a la luz de la evolución del constitucionalismo contemporáneo, A. MORRONE, «Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa», *Quaderni costituzionali*, 2014 fasc. 1, pp. 79 – 106; del mismo autor, «Crisi economica e integrazione politica in Europa», *Rivista AIC*, 2014, fasc. 3 (12.9.2014 <http://www.rivistaaic.it/crisi-economica-e-integrazione-politica-in-europa.html>) (visitado mayo 2016)

en el ámbito europeo una decisiva expansión del elemento intergubernamental en la articulación de las medidas anticrisis; al mismo tiempo, el papel central de los Gobiernos ha determinado la progresiva marginación de los Parlamentos nacionales, sea en el plano del control de las decisiones tomadas en sede europea por sus respectivos gobiernos, sea en el plano de su capacidad de incidir sobre los contenidos de las medidas adoptadas a nivel europeo. Además, no se puede olvidar la debilitación de las posiciones del Parlamento cuando se discuten medidas de contención del gasto público susceptibles de incidir sobre la efectividad de los derechos sociales fundamentales, lo cual se refleja directamente en la finalidad constitucional del uso de los recursos a disposición.

Por un lado, la adopción de medidas de salvamento de los Estados en dificultad —que han llegado mediante procedimientos fuera del derecho de la Unión, con la adopción de Tratados internacionales, cuya relación con el derecho europeo todavía se está definiendo— en su desarrollo posterior ha menoscabado el papel (que ya era débil) del Parlamento europeo, desplazando (todavía más) el eje de los procesos de decisión hacia el vector intergubernamental¹³; por otro lado, la elección de intervenir fuera del marco del derecho de la Unión Europea ha conllevado la imposibilidad de recurrir a los instrumentos previstos en los Tratados en relación con el control de los Parlamentos nacionales¹⁴. En definitiva, ese movimiento del fiel de la balanza ha tenido fuertes efectos sobre el papel de los Parlamentos nacionales. De una par-

13 Como afirma claramente C. PINELLI, «La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona», *Costituzionalismo.it*, 1/2014, p. 1, «la crisis del management hace perder cuota a las instituciones representativas en favor de los gobiernos, por causa de la Unión. Con la crisis de la eurozona, la UEM se ha convertido en el lugar privilegiado de los procesos de decisión de la Unión, acentuando de este modo la diferenciación entre Estados miembros según estén adheridos o no al euro; de este modo, el desacuerdo entre Estados sobre la respuesta a la crisis ha llevado a superar el modelo intergubernamental, recurriendo a tratados internacionales como el del «Fiscal Compact» y las instituciones de salvamento, previa modificación del artículo 136 TFUE, al que el derecho primario ya reservaba un papel residual, con el resultado ya conocido» (<http://www.costituzionalismo.it/articoli/470/>) (visitado mayo 2016).

14 Sobre el papel de los Parlamentos en el proceso de integración europea, en general Aa. Vv., *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, coord. N. LUPO y C. FASONE, Oxford, Hart, 2016. Para un análisis del impacto de la crisis sobre el papel de los parlamentos nacionales, véase las actas de las jornadas «*Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello*», <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/news/anticipazioni-convegno-finale-prin-2010-2011-parlamenti-nazionali-e-unione-europea-nella-governance-multilivello-in-memoria-di-antonio-zorzi-giustiziani-1949-2015/> (visitado en mayo de 2016).

te, se convierten de hecho, al menos potencialmente, en el último baluarte para el ejercicio del control sobre las decisiones adoptadas por los Gobiernos y la vigilancia de sus efectos, especialmente a nivel social. De otra, la crisis de la democracia representativa nacional y sobre todo la crisis de la capacidad integradora del proceso político –unida al tratamiento de emergencia de la gestión de la crisis– ha tenido como consecuencia que los Parlamentos nacionales no siempre hayan podido ejercer completamente las funciones de control y reequilibrio, y, en consecuencia, como se ha afirmado: «se ha producido una significativa reducción del ámbito de incidencia del poder legislativo, en especial en relación a la expansión del recurso a los actos gubernativos con fuerza de ley, en particular los decretos-leyes, y la limitación de los poderes parlamentarios de control no sólo por lo que tiene que ver con la política europea, sino también con la política interna»¹⁵. Una tendencia similar se inserta, por otra parte, en el marco de la incidencia general de los vínculos financieros de origen europeo, que han reducido significativamente el ámbito de la discrecionalidad política en el uso y destino de los recursos ya de por sí escasos¹⁶.

La reflexión sobre el papel del Parlamento en el gobierno de la economía se vuelca esencialmente sobre dos planos. De un lado, nos planteamos el impacto de la crisis de los últimos años en la ya frágil relación entre las instituciones parlamentarias y el ejecutivo, sea en relación con el orden institucional interno, sea en lo que concierne a la posibilidad de una participación parlamentaria en el proceso de decisión europea. Por otro lado, el problema del papel del Parlamento en el gobierno de la economía al tiempo de la crisis también plantea –en conexión con la relación entre gestión de la crisis, medidas de austeridad y cabida del principio democrático– el control de la discrecionalidad política en el uso y destino de los recursos en tiempos de crisis.

La recuperación de la centralidad de los órganos de garantía, y en particular de los Tribunales Constitucionales, en los últimos años se ha medido no sólo por referencia al control de los instrumentos creados en el ámbito europeo para garan-

15 En particular, F. BALAGUER CALLEJÓN, «Parlamenti nazionali...», op. cit., pp. 12-13.

16 Sobre este punto, C. PINELLI, «La giurisprudenza...», op. cit., p. 7: «la naturaleza fundamentalmente intergubernativa de las viejas y las nuevas instituciones de la eurozona exalta otro tipo de diferenciación. Mientras que los Gobiernos de los países acreedores están vinculados a circuitos tradicionales de responsabilidad política en sus respectivos parlamentos, los de los países en deuda se sienten responsables ante las instituciones no electivas y los mercados financieros, de los que depende su supervivencia». Sobre la discrecionalidad política en el uso y el destino de los recursos en relación con la efectividad de los derechos sociales, véase sobre todo L. CARLASSARE, «Diritti di prestazione e vincoli di bilancio», *Costituzionalismo.it*, 3/2015 (<http://www.costituzionalismo.it/articoli/533/>) (visitado en mayo de 2016).

tizar el salvamento de alguno de los Estados miembros, sino también en atención al reequilibrio de algunos de los efectos de las medidas de austeridad ligadas a los planes de saneamiento. Por lo demás, la relación entre las instituciones políticas y los órganos de garantía en la articulación de las respuestas a la crisis que no menoscaban o renuncian a la efectividad de los derechos sociales fundamentales, no está exenta de perfiles problemáticos, que coinciden en gran medida con la debatida cuestión de la legitimidad de la Corte, con el corolario de que la calidad democrática de tales instituciones es el ingrediente fundamental para que los derechos sociales no sean sacrificados de manera brutal durante la crisis económica¹⁷.

Respecto al primer perfil –el papel de los Tribunales en el control de los instrumentos de gestión de la crisis financiera creados en el nivel europeo– se ha de recordar, al menos, el papel del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en diálogo con el Tribunal de Justicia de la Unión, en particular respecto al MEDE y al OMT (esto es, las ayudas a los Estados en dificultad, consistentes en sostener indirectamente la deuda soberana mediante la adquisición por el BCE de la deuda del Estado en los mercados secundarios). En una primera sentencia de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró que ni el MEDE ni el «Fiscal compact» eran contrarios a la Ley Fundamental, en razón a que el Parlamento nacional conservaba un papel relevante en la aplicación de los Tratados citados¹⁸. Llamado a continuación a pronunciarse sobre la validez constitucional de un conjunto de decisiones imputables al BCE y relativas a la activación de operaciones monetarias («Outright Monetary Transactions»-OMT) teniendo el efecto de sostener la deuda de los Estados miembros en dificultad, el Tribunal Constitucional Federal planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia¹⁹ sobre la compatibilidad de tales

17 En particular A. GUZZAROTTI, «Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?», *Diritto pubblico*, 2013, pp. 1011 y ss., 1011-1012. Sobre este punto F. SAITTO, «La “solitudine” delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU», *Dir. pubbl.*, 2016, pp. 421 y ss.

18 Sobre tales decisiones C. PINELLI, «La giurisprudenza...», op. cit.; P. RIDOLA, «Karlsruhe locuta causa finita?». Il Bundesverfassungsgericht, il fondo salva-stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa», *Federalismi.it*, 2012 (<http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=254>) (visitado mayo de 2016); A. DI MARTINO, «La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente», *Federalismi.it*, 2012 (<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20806>) (visitado en mayo de 2016).

19 Sobre tal decisión, A. DI MARTINO, «Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG», *Federalismi.it*, 2014 (<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=24218>) (visitado en mayo de 2016).

decisiones con el derecho primario de la Unión, y en particular con los artículos 179, 123.1 y apartados 1 y 2 del artículo 127 TFUE (y también con los artículos 17 a 24 del Protocolo núm. 4 sobre el Sistema Europeo de Bancos Centrales). La Corte de Luxemburgo se expresó en junio de 2015²⁰ declarando que tales decisiones no traspasan las competencias de la Unión en el ámbito de la política monetaria; recientemente el Tribunal Constitucional Federal ha hecho suya esta decisión (sentencia de 21 de junio de 2016).

Como se ve, en el primer caso, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha tenido un papel sinérgico respecto al de las instituciones parlamentarias (en estos dos casos los procesos habían sido iniciados por parlamentarios del Bundestag) en la interpretación de las medidas anticrisis a la luz de los principios del derecho constitucional nacional; pero también del derecho constitucional europeo, con atención particular a la necesaria participación del parlamento nacional, aligerando así el conflicto constitucional interno al que habían dado lugar las medidas europeas. En el segundo caso, la activación de la cuestión prejudicial contribuye a trasladar a la sede europea el conflicto surgido dentro del ordenamiento nacional, obteniendo del Tribunal una intervención clarificadora sobre la extensión de las competencias europeas, pero también sobre los propios límites, con referencia, en particular, a la importancia fundamental de la conexión de condicionalidad entre el OMT y las políticas de saneamiento dentro de los Estados.

El segundo perfil de la función de la Corte, comprende, como se ha avanzado, el control de constitucionalidad de algunas de las medidas de austeridad adoptadas por los Estados miembros en el ámbito de las políticas anticrisis que traen causa del derecho de la Unión. En atención a esta tipología de intervenciones, es posible recuperar, en alguna medida, el principio de solidaridad como contrapeso en el momento de orientar el ejercicio del poder político y asegurar el control de la discrecionalidad. En otros términos, se trata de preguntarnos, dentro de la óptica elegida, en qué medida el principio de solidaridad puede representar un criterio válido para ordenar y, sobre todo, para controlar la racionalidad del uso discrecional del poder por parte del legislador cuando se trata de administrar recursos escasos.

En este sentido es relevante la sentencia núm. 70/2015 de la Corte constitucional italiana, que ha declarado la inconstitucionalidad de la congelación de la subida automática de las pensiones, una de las medias cardinales de austeridad establecidas en Italia en el año 2011. En particular, la declaración de inconstitucionalidad se pronuncia sobre la reivindicación por parte de la Corte de la necesidad de una

20 Tribunal de Justicia, 16 de junio d 2015, Gauweiler, C-62/14.

«ponderación correcta entre control del gasto y tutela de derechos», considerando que se «ha sacrificado irracionalmente el derecho a una pensión adecuada en virtud de exigencias financieras escasamente detalladas» que, según la Corte, es «expresión clara, aunque no explícita, del principio de solidaridad y del principio de igualdad sustancial»²¹.

Por tanto, la compleja relación entre política de austeridad y principio de solidaridad trae a colación el alcance y los límites del papel del Parlamento y del poder político en la articulación del gobierno de la economía en conexión con las políticas de austeridad y, por tanto, de manera más general, los perfiles de la relación entre gobierno de la economía y la calidad de la vida democrática.

Por otro lado, se considera que en la articulación de las políticas de austeridad determinadas por la contingencia de gestionar la emergencia del impacto de la crisis, el papel del Parlamento está limitado en origen por la tendencia fisiológica de los Ejecutivos de aprovecharse al máximo de sus propias atribuciones constitucionales: por ejemplo, en el caso resuelto por la Corte constitucional italiana, la congelación de las pensiones se reguló en un decreto-ley, de manera que el Parlamento solo había tenido oportunidad de intervenir con el instrumento de la convalidación, en un periodo político convulso y caracterizado por una gestión de emergencia.

Se podría entonces plantear, en un aproximación puramente inicial, la posibilidad de invocar el principio de solidaridad como elemento funcional que ha de

21 La sentencia ha sido objeto de gran debate en relación a sus consecuencias financieras y a su continuidad legislativa realizada con el Decreto-ley n. 65/2015 (sobre ese aspecto, por ejemplo, véanse las críticas de M. ESPOSITO, «Le inadempienze del legislatore prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale sul c.d. blocco delle pensioni», *Giur. Cost.*, 2015, pp. 568 y ss. En general, la doctrina ha discutido con intensidad sobre la relación entre efectividad de derechos sociales y deberes de solidaridad en relación con el presupuesto público, sobre todo a la luz del nuevo artículo 81. Entre los muchos autores véase el debate en la revista *Federalismi.it* (fasc. 10/2015, http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=29519&content=%3Cdiv+align='center'%3EInterventi+al+Seminario+a+porte+chiuse+sulla+sentenza+n.+70/2015+organizzato+da+%3Ci%3Efederalismi%3C/i%3E%3C/div%3E&content_author=) (visitado en mayo de 2016); *Cfr.* entre otros A. ANZON DEMMIG, «Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario», *Giur. Cost.*, 2015, pp. 551 y ss.; F. GHERA, «Il blocco della perequazione delle pensioni tra Corte costituzionale e legislatore», op. cit., pp. 990 y ss.; E. MONTICELLI, «Il complesso dibattito in materia di diritti previdenziali e vincoli di bilancio: un commento alla sentenza n. 70/2015», *OsservatorioAIC*, julio 2015 (<http://www.osservatorioaic.it/il-complesso-dibattito-in-materia-di-diritti-previdenziali-e-vincoli-di-bilancio-un-commento-alla-sentenza-n-70-2015.html>) (visitado en mayo de 2016).

orientar el gobierno de la economía hacia fines constitucionales, superando una polarización rígida entre instrumentos de «governance» y decisiones políticas adoptadas en el ámbito del circuito de la representación. En esta perspectiva, el principio de solidaridad se muestra en diversas dimensiones: en el robustecimiento de la dimensión cooperativa de los instrumentos de participación social y política, pero también en el enriquecimiento de los contenidos de las medidas anticrisis, en tanto que se orientan a la salvaguarda del modelo social y la integración de la marginalidad.

3. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y PLURALISMO TERRITORIAL

En cambio, bajo la perspectiva de la autonomía y del pluralismo territorial en la articulación del gobierno de la economía, el principio de solidaridad gana relevancia dentro del marco de una hipotética tensión con el principio de autonomía. El principio de autonomía, visto desde el lugar en el que se articulan las medidas anticrisis, corre el riesgo de reenviar inevitablemente a la idea de un desarrollo asimétrico de los territorios, si no se reflexiona adecuadamente sobre la necesidad de buscar equilibrios en las relaciones entre pluralismo territorial, solidaridad, subsidiariedad e igualdad. Similares tensiones provoca entre unidad y pluralismo, entre los principios de autonomía y de solidaridad, la presencia –en la matriz cultural del principio de solidaridad– de instancias dirigidas a la defensa de la autonomía, de atención al reconocimiento de la interdependencia, o lo que es lo mismo, la dialéctica entre autonomía y corresponsabilidad en la construcción cultural del principio de solidaridad²². Por otro lado, en la dimensión europea, anticipando consideraciones que se desarrollarán luego, surge la tensión entre solidaridad y soberanía, marcando las relaciones entre los Estados miembros, y de éstos con la Unión²³: dialéctica entre so-

22 Para la conexión entre solidaridad y responsabilidad social K. P. SOMMERMANN, «Some reflections...», op. cit., p. 13 y también, en referencia específica a la Unión Europea, pp. 19 y ss.; se habla de verdadera «Verantwortungs-Solidarität», que nace de la responsabilidad recíproca («wechselseitigen Verantwortung») de todos los actores implicados en el proceso político (UE, Estados, ciudadanos), R. BIEBER, «Gegenseitige Verantwortung – Grundlage der Verfassungsprinzip der Solidarität in der Europäische Union», en Aa. Vv., *Europäische Solidarität und nationale Identität*, coord. C. CALLIENS, Tübingen, Mohr, 2013, pp. 67 y ss.

23 Se trata, como han hecho ver M. KOTZUR y K. SCHMALENBACH de una tensión que recorre toda la historia del principio de solidaridad en el ámbito del derecho internacional: «the shadowy existence of the legal principle international solidarity does not come as a surprise given the strong tension between sovereignty and solidarity. Sovereignty drives the States' desire to retain control over a policy area and to act unconstrained by concerns of others; solidarity, in contrast, promotes the need to work

beranía y solidaridad –hoy netamente desequilibrada a favor del primer elemento–, que podría al mismo tiempo abrirse hacia un «Ausgleich», hacia una ponderación entre las dos instancias, en el marco de la típica apertura en sentido cooperativo del Estado constitucional²⁴.

Por otro lado, en la articulación de las experiencias europeas de federalismo y regionalismo, el principio de solidaridad está muy presente. Piénsese, por dar algunos ejemplos, en el artículo 2 de la Constitución española, que reivindica con fuerza a la solidaridad entre las distintas Comunidades Autónomas; o el artículo 119.5 de la Constitución italiana, relativo a las intervenciones estatales de equidad como medida específica de corrección y contención de los efectos distorsionantes y de las asimetrías que condicionan el principio de autonomía financiera de las regiones; e incluso, siempre respecto a la Constitución italiana, el artículo 117.2.m), relativo a la competencia legislativa estatal exclusiva en tema de determinación de los niveles esenciales de las prestaciones de derechos civiles y sociales.

Al mismo tiempo, a menudo, la reivindicación del principio de solidaridad ha surgido funcionalmente –por ejemplo en la experiencia italiana– para legitimar a favor del Estado cambios en la distribución de competencias con las regiones, buscando de este modo reequilibrar los efectos asimétricos de la descentralización. En particular, piénsese en la jurisprudencia constitucional relativa a las intervenciones asistenciales, adoptadas en el ejercicio de la competencia legislativa estatal recogida en el artículo 117.2.m) de la Constitución (niveles esenciales de las prestaciones). Así, por ejemplo, en la decisión núm. 10/2010 –relativa a la llamada tarjeta de beneficios («social card»), introducida por el legislador estatal (D.L. núm. 113/2008) para ayudar a personas en situaciones de especial dificultad económica, de manera que puedan obtener bienes de primera necesidad– la Corte constitucional ha descartado la violación de la competencia exclusiva regional sobre servicios de asistencia social: la intervención del Estado en el ejercicio de la competencia del artículo 117.2.m) debe de hecho considerarse admisible «en el caso de que resulte necesario a fin de asegurar efectivamente la tutela de sujetos iguales, tratándose de situaciones de extrema necesidad en relación con un derecho fundamental que, en cuanto estrechamente vinculado a la tutela del núcleo irrenunciable de la dignidad de la persona humana, sobre todo en presencia de la peculiar situación esbozada, debe poder ga-

cooperatively in order to address complex issues that are of common concern» («Solidarity among Nations», *Arch. Öff. Rechts*, 2014, pp. 68 ss., 89).

24 Sobre este punto, por todos P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat-aus Kultur und als Kultur*, Berlin, Duncker&Humblot, 2013, en especial pp. 96 y ss.

rantizarse en todo el territorio nacional de manera uniforme, apropiada y adecuada, mediante una regulación coherente y congruente con el fin que se persigue»²⁵. La modificación del reparto de competencias, con efecto de centralización de competencias atribuidas a las regiones, se justifica, en otras palabras, a la luz del estrecho vínculo que subsiste entre el título competencial y la realización del principio de igualdad y solidaridad de los artículos 2 y 3 de la Constitución, así como en vista a la efectividad de los derechos sociales.

En esa misma perspectiva orientada a asegurar el cumplimiento de deberes de solidaridad, la Corte ha reverdecido una de las justificaciones del ejercicio del poder sustitutivo por parte del Estado: llamada a pronunciarse sobre una forma especialmente incisiva de poder sustitutivo –consistente en la posibilidad de que el Gobierno nacional cese al Presidente de una Región responsable de una situación de grave quiebra económica del ente– la Corte ha considerado que esa hipótesis es coherente con el sistema de autonomía regulado en la Constitución. En concreto, la Corte afirma que «la autonomía no significa [...] potestad para desviarse del común deber de respeto del camino marcado por la Constitución sobre la base de principios y valores insensibles a la dimensión territorial, entre los cuales destaca el cumplimiento de deberes irrenunciables de solidaridad política, económica y social»²⁶.

La relación entre el principio de autonomía y el principio de solidaridad trae a la palestra –dando pie a un asunto muy relevante en la reflexión sobre la situación europea– la tensión entre los tres principales modelos federales que han caracterizado la experiencia constitucional europea: federalismo unitario, federalismo competitivo y federalismo cooperativo²⁷.

Desde esta óptica, se trata de valorar en qué términos el principio de solidaridad puede desplegar toda su virtualidad en la composición –en sede teórica pero también aplicativa– de las desarmonías y de las tensiones entre modelos similares. En una primera aproximación, parece posible afirmar que una guía útil de lectura para iluminar y superar la polarización entre alternativas puede encontrarse subrayando el principio de subsidiariedad desde la idea de profundizar en su relación con el principio de solidaridad. En este sentido es fascinante la posibilidad abierta por

25 C. COST., sent. n. 10 de 11 de enero de 2010, Cons. dir., par. 6.3. Sobre la decisión véase por todos (con importantes referencias comparativas) F. SARTTO, «Quando l'esigenza di tutela della dignità fonda, nell'emergenza economica, la competenza statale», *Giur. Cost.*, 2010, pp. 182 y ss.

26 C. COST., sent. n. 219 de 16 de junio de 2013.

27 Véanse las acotaciones de P. RIDOLA, «Federalismo europeo e modelli federali», en su libro *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 417 y ss.

una lectura del principio de subsidiariedad que exalta la dimensión cooperativa, superando la idea de su relación exclusiva con un empleo rígido de la separación de competencias entre el nivel de gobierno central y los niveles descentralizados, y reenviando a un uso, por así decirlo, fluido del reparto de competencias: un uso similar, de hecho, al reparto eficiente de competencias según el criterio de máxima proximidad democrática –fin clásico del principio de subsidiariedad– y redirigida continuamente sobre la base del contraste y del concierto entre los distintos niveles de gobierno interesados, mediante dinámicas de tipo cooperativo²⁸. El ligamen entre módulos cooperativos y solidaridad, alejando la integración entre comunidad y niveles de gobierno de un esquema de opuestos, puede contribuir a disolver algunas ambigüedades ínsitas en la relación entre autonomía, subsidiariedad y solidaridad.

Una perspectiva de esta naturaleza contribuiría, por lo demás, a recuperar un importante perfil del llamado federalismo unitario, que es aquel dirigido a la corrección de asimetrías y de desigualdades entre territorios, recuperando así, del mismo modo, la llamada solidaria. El carácter vinculante del principio de solidaridad es, en verdad, un paso central en la realización de una convergencia cooperante hacia el objetivo compartido de garantizar la promoción social, la igualdad sustancial y la garantía de derechos. En otras palabras, se trata de preguntarse en qué términos la referencia al principio de solidaridad enriquecería las dimensiones del principio de subsidiariedad, declinado en términos cooperativos, contribuyendo a su reconstrucción como correctivo fundamental de las asimetrías que puedan producirse en virtud de una interpretación demasiado rígida de las relaciones entre autonomía y la subsidiariedad²⁹.

Al mismo tiempo, como recuerda Sommermann, el principio de subsidiariedad contribuiría a reforzar el efecto integrador de la propia solidaridad, robusteciendo el reparto eficiente de las competencias, según criterios diversos en razón de la diversa intensidad de los grados de interdependencia que se encuentran en los distintos niveles de gobierno³⁰.

28 Respecto a la afirmación de que el principio de subsidiariedad es «connatural a un cierto margen de flexibilidad [en el sentido] de que se orienta hacia los elementos autónomos en la persecución de objetivos y finalidades comunes, más que a un rígido reparto de competencias», Cfr. P. RIDOLA, «Sussidiarietà “verticale”, autonomie e principio federativo», en su libro *Diritto comparato...*, op. cit., pp. 379 y ss., 399. En general véase también G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ES, 2009.

29 Para mayores consideraciones respecto a este punto, P. RIDOLA, «Sussidiarietà “verticale”...», op. cit., pp. 408 y ss.

30 Al respecto K. P. SOMMERMANN, «Some reflections...», op. cit. p. 23.

La relación entre subsidiariedad y solidaridad –en el marco de la composición de las tensiones entre los diversos modelos de federalismo y regionalismo– trae a la luz la problemática conexión, afrontada críticamente por Paolo Ridola, entre subsidiariedad y socialización tanto de la articulación de las políticas públicas sobre una base horizontal (relaciones entre público y privado) como –tal y como principalmente se subraya aquí– de la articulación de las relaciones entre los niveles de gobierno: la relación entre subsidiariedad y socialización podría ser iluminada posteriormente subrayando el principio de solidaridad, en la medida en que opera como correctivo del riesgo de asimetrías entre territorios³¹. La misma participación –de los niveles de gobierno, pero también de las instancias sociales implicadas– en la dinámica de decisión y de gestión de las relaciones entre niveles de gobierno asume así un papel potencialmente nuevo en la medida en que los módulos cooperativos abiertos a la representación de los intereses sociales y territoriales implicados terminaría por enriquecer la legitimación democrática de las decisiones políticas y administrativas en la cuestión del reparto de poderes³², alimentando una mayor calidad de la vida democrática en un encuentro, en parte inédito, entre democracia participativa, subsidiariedad y un concepto amplio de solidaridad, que se extiende más allá de la solidaridad económica y material, para abrazar también la solidaridad moral y el reconocimiento y la integración de la diferencia.

4. LAS CUATRO DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

El tercer perfil de la relación entre gobierno de la economía y desarrollo democrático, requiere atender a las implicaciones del principio de solidaridad a la luz de las tensiones entre derecho y mercado, constitutivas del propio proceso de integración europea. En la experiencia del proceso de integración europea, el principio de solidaridad presenta antes de nada un carácter multidimensional, al menos desde cuatro perspectivas.

31 Para la afirmación de la conexión entre subsidiariedad y «socialización de la organización territorial», véase P. RIDOLA, «Sussidiarietà “verticale”...», op. cit., p. 379. Sobre este punto también P. RIDOLA, «Sussidiarietà e democrazia», en su libro, *Diritto comparato...*, op. cit., pp. 353 y ss., en especial pp. 357 y ss.

32 El efecto integrador del principio de solidaridad a través del desarrollo de prácticas solidarias y cooperativas lo sostiene, por ejemplo, K. P. SOMMERMANN, «Some reflections...», op. cit., p. 24. Con un tratamiento más difuso, S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., pp. 36 y ss.

En primer lugar existe una multidimensionalidad, por decirlo de algún modo, interna al principio de solidaridad, bien descrita por Bieber cuando afirma que el principio conlleva al mismo tiempo obligaciones de prestación, de lealtad y de responsabilidad³³. Esta triada –que anima el principio de solidaridad en cuanto que principio constitucional multidimensional de la Unión («mehrdimensionalen Verfassungsprinzip»)– remite a una serie de nudos problemáticos, que serán más adelante objeto de algunas consideraciones críticas, en especial cuando se refieren a la cuestión del nexo de condicionalidad como elemento típico de las medidas de salvamento puestas en funcionamiento por los Estados de la Eurozona; por ahora basta con subrayar que esas medidas reiteran respecto al principio de solidaridad los aspectos controvertidos ligados a la tensión entre autonomía e interdependencia, pero también la relación entre solidaridad, reconocimiento e inclusión de la diferencia.

En segundo lugar, algunos elementos del carácter multidimensional del principio de solidaridad se extraen del análisis de los textos referidos a ese principio en los Tratados de la Unión. Han de señalarse sobre todo los artículos 2 y 3 del TUE, en los cuales, como es bien sabido, la solidaridad figura, de un lado, entre los caracteres del modelo social europeo, en la medida en que el artículo 2 afirma que los valores de dignidad, libertad, democracia, igualdad, estado de derecho y tutela de los derechos humanos –incluidos los de las personas que integran las minorías– «son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». Esa afirmación de principio, por otro lado, mejor especificada en el artículo 3, inscribe la lucha contra la exclusión social y por la solidaridad entre generaciones dentro de los caracteres fundacionales del mercado interior. Pensemos, por otro lado, en el Título IV de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, especialmente titulado «solidaridad», pese a su ambigüedad, puesto que reenvía a la intervención del legislador nacional y de él depende, en buena medida, la efectividad de los derechos sociales en ella reconocidos. Una tercera dimensión del principio de solidaridad de la Unión Europea y reconducible al perfil de la solidaridad entre los Estados miembros, ligado al de cooperación leal pero sin una identificación plena³⁴,

33 *Cf.* R. BIEBER, «Gegenseitige Verantwortung...», *op. cit.*, p. 77.

34 Respecto al ligamen entre el principio de solidaridad y el principio de cooperación leal entre Estados, véase, por ejemplo, M. KOTZUR-K. SCHMALENBACH, «Solidarity among Nations», *op. cit.*, p. 74: en concreto, según los autores, sí es cierto que los dos principios son necesariamente distintos, «loyalty without a minimum degree of solidarity would theoretically be inconceivable and practically be impossible».

está enunciado, por ejemplo, en el artículo 122 TFUE. Esta disposición prevé que en caso de graves dificultades de un Estado miembro para el aprovisionamiento de algunos productos, el Consejo puede adoptar las medidas adecuadas para afrontar tales situaciones con «espíritu de solidaridad».

Se trata en verdad de un perfil problemático porque no subraya tanto a los elementos cooperativos del proceso de integración europea –retomando la polarización de Rodotà, el perfil de la interdependencia consciente–, sino, sobre todo, ambigüedades muy fuertes. Piénsese, por dar algunos ejemplos, en la persistencia y en la resistencia del principio de soberanía –incardinado en las lógicas del modelo intergubernamental–, pero también en el complejo ligamen que se ha entrevisto en la gestión de la crisis entre solidaridad interestatal y dinámicas hegemónicas «latu sensu»³⁵.

Sin embargo, el principio de solidaridad entre Estados ha cobrado una cierta efectividad jurídica, tal y como demuestra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, relativa a la solidaridad financiera entre Estados miembros en relación a la recaudación y la consecuente habilitación en el presupuesto comunitario de medidas derivadas del arancel de importación (artículo 30 TFUE) por equipamiento de carácter militar. En este caso, frente a la objeción estatal según la cual la obligación de entrega se oponía a las características de la mercancía importada, que estaban estrechamente ligadas a las prerrogativas soberanas del Estado en temas de seguridad nacional (y, por tanto, supuestamente, bajo la excepción del artículo 346 TFUE), el Tribunal de Justicia respondió en términos severos, consolidando una orientación según la cual la solidaridad financiera que se realiza mediante los ingresos de la Unión no puede admitir excepciones simplemente justificadas por la instancia soberana; dicho en otros términos, entre autonomía y conciencia de la independencia, entre libertad y solidaridad, en este caso debe prevalecer la segunda³⁶.

Una cuarta dimensión del principio de solidaridad en la Unión remite a la solidaridad entre ciudadanos de los Estados miembros. Aquí debe de traerse a colación una importante serie de sentencias del Tribunal de Justicia relativa a los trabajadores transfronterizos y en particular en relación al derecho del trabajador ciudadano de la Unión, establecido en otro Estado miembro, de acceder al sistema local de «welfare»

35 Para esta reconstrucción, véase por ejemplo, F. BALAGUER, «Parlamenti nazionali e Unione europea...», op. cit., pp. 13 y ss.

36 Véanse por ejemplo la sentencia de 4 de marzo de 2010, Comisión c. Portugal, C-38/06; sentencia de 15 diciembre de 2009, Comisión c. Italia, C-387/05, también de la misma fecha Comisión c. Dinamarca C-461/05; Comisión c. Grecia, C-409/05; Comisión c. Alemania, C-372/05.

y seguridad social. En particular, en el caso *Brey*³⁷, el Tribunal fue llamado a pronunciarse sobre la titularidad por parte del trabajador transfronterizo, del derecho a una prestación derivada de una incapacidad laboral sobrevenida, mientras que en el caso *Dano* e *Alimanovic* se discutía sobre la prestación de desempleo en la búsqueda del primer trabajo en el Estado de destino.

El Tribunal de Justicia –quizá con menos severidad en el caso *Brey*, y de modo más nítido en los otros dos casos– ha mostrado de forma un tanto ambigua la oposición entre libertad de circulación de los trabajadores (y ciudadanía social europea) y sistema de seguridad social del Estado miembro.

El Tribunal de Justicia, especialmente en el caso *Dano* y *Alimanovic*³⁸, adopta una posición de mayor apertura respecto al margen de discrecionalidad del Estado miembro en la concesión de prestaciones asistenciales, afirmando el vínculo entre los requisitos materiales de las condiciones de residencia a los fines de la Directiva 2004/38 (para fines de empleo) y el derecho a las prestaciones sociales. Al contrario, en el *Brey*, el Tribunal había revisado la existencia del derecho del trabajador a percibir la indemnización controvertida, afirmando que, por un lado, existe la obligación de solidaridad financiera entre los ciudadanos de la Unión; pero, por otro lado, corresponde al juez que plantea la cuestión prejudicial verificar en qué términos la prestación es sostenible en el caso concreto y a la luz del conjunto del sistema de bienestar. Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia censura la exclusión automática de la prestación cuando el trabajador no demuestra una capacidad de renta, pues tal automatismo, de hecho, «no permite a la autoridad competente del Estado miembro anfitrión, cuando los recursos del interesado sean inferiores a la cantidad exigida para la concesión de la prestación, de proceder [...] una valoración global de la carga que conllevaría en concreto la concesión de esa prestación para el sistema de asistencia social en su conjunto y según las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado» (apartado 77). Una vez que se ha excluido la compatibilidad del automatismo con el derecho europeo, el Tribunal delega al juez nacional valorar para el caso concreto «si la concesión de una prestación a la luz de la situación en la que se encuentra el señor *Brey*, representa una carga excesiva para el sistema nacional de asistencia social» (apartado 79). Por tanto, de un lado se recoge la importante afirmación de principio sobre la capacidad de la solidaridad europea de ordenar incluso las relaciones entre ciudadanos, puesto que el Tribunal de Justicia

37 Sentencia de 19 de septiembre de 2013, *Brey*, C-140/12.

38 Sentencia de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, C-333/13, y Sentencia de 15 de septiembre, *Alimanovic*, C-67/14.

afirma que «la Directiva 2004/38 admite [...] una cierta solidaridad financiera de los ciudadanos del Estado miembro de acogida frente a aquéllos de otros Estados miembros, en particular si las dificultades para otorgar el beneficio son temporales» (apartado 72); de otro lado, la delegación al juez nacional –instrumento frecuentemente utilizado por el Tribunal en los asuntos relativos a derechos, que presentan una elevado potencial de conflicto en torno a los principios que organizan la relación entre Unión y Estado miembro³⁹– puede poner en riesgo la efectividad de las obligaciones de protección derivadas del principio de solidaridad.

Finalmente, otro perfil del principio de solidaridad en el derecho europeo se refiere a la relación entre territorios bajo la experiencia de la descentralización. Mediante una relevante serie de decisiones, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la compatibilidad entre el derecho europeo y algunas disposiciones tributarias internas –adoptadas por ciertos territorios autonómicos, conteniendo un régimen favorable para las personas jurídicas y físicas que operan en su territorio. En estos casos emerge casi una tensión entre la finalidad solidaria de la medida adoptada –y su función de corrección de las asimetrías entre territorios– y la reconstrucción por parte del Tribunal de Justicia según los criterios interpretativos típicos de las decisiones en materia de ayuda de Estados, y, por tanto, en una lógica de defensa de la competencia del mercado.

Concretamente, en la decisión relativa a los beneficios fiscales concedidos por la Región autónoma de las Azores⁴⁰, el Tribunal afirma que «el simple hecho de que la concepción del sistema fiscal regional atienda al interés de corregir tales desigualdades no permite considerar que cualquier ventaja fiscal concedida por las autoridades de la Región Autónoma de que se trata quede justificada por la naturaleza y estructura del sistema fiscal nacional», y añade que «[e]l que se actúe sobre la base de una política de desarrollo regional o de cohesión social no basta para que cualquier medida adoptada en el marco de esta política se considere justificada por este simple motivo» (apartado 82). En el mismo sentido, la decisión relativa al régimen fiscal de beneficios fiscales adoptada en algunas provincias del País Vasco, e impugnada

39 Para un caso similar en el que se delega al juez nacional, si bien en un ámbito diferente, sentencia de 29 aprile 2015, *Léger*, C-528/13: sobre esa decisión y algunas reflexiones sobre la relación del Tribunal de Justicia con el juez nacional, permítaseme el reenvío a A. SCHILLACI, «La prudenza non è mai troppa? la Corte di giustizia e il divieto di donazione di sangue per gli omosessuali», *SidiBlog*, 6 de junio de 2015 (<http://www.sidiblog.org/2015/06/06/la-prudenza-non-e-mai-troppa-la-corte-di-justizia-e-il-divieto-di-donazione-di-sangue-per-gli-omosessuali/>) (visitado en mayo de 2016).

40 Sentencia de 6 de septiembre de 2006, *Comisión c. Portugal*, C-88/03.

por actores económicos y sindicatos de territorios limítrofes⁴¹, sirve al Tribunal para realizar una ponderación más meditada entre la tutela de la competencia (la lógica del análisis permanece en las ayudas de Estado) y la autonomía legislativa de los territorios –y, por tanto, autonomía del proceso político y del gobierno de la economía respecto a la lógica del mercado– y, sobre todo, realza del perfil solidario. Este último –invocado por los intervinientes en el juicio– queda un tanto marginado, cobrando más relevancia la autonomía política de los territorios: de hecho será el juez que plantea la cuestión, sobre la base de los criterios elaborados por la Corte en la sentencia relativa al régimen fiscal de las Islas Azores, en el que ha de valorar si «las normas forales a examen, adoptadas en los territorios históricos, constituyen una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87.1 del TCE», determinando «si ciertas normas forales adoptadas por los Territorios Históricos constituyen una ayuda de Estado en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, lo que requiere verificar si dichos Territorios Históricos y la Comunidad Autónoma del País Vasco tienen autonomía institucional, de procedimiento y económica suficiente para que una norma adoptada por esas autoridades dentro de los límites de las competencias que tienen otorgadas sea considerada como de aplicación general en la referida entidad infraestatal y no tenga carácter selectivo en el sentido del concepto de ayuda de Estado a que se refiere el artículo 87 CE, apartado 1.»

Los casos analizados muestran, por tanto, un problema serio en el seno de las relaciones entre la lógica de mercado y la lógica solidaria a la luz de los procesos de decisión política en Europa, con repercusiones significativas tanto sobre el principio de solidaridad (aunque en términos de corrección de las asimetrías entre territorios) como sobre la tutela de los derechos fundamentales implicados, en definitiva, sobre la propia calidad de la vida democrática.

5. LA AMBIGUA SOLIDARIDAD DE LAS MEDIDAS ANTICRISIS

Un último ámbito de reflexión tiene que ver con la compleja relación entre las políticas de gestión de la crisis –salvamento o ayuda financiera a los Estados miembros en especial dificultad– y principio de solidaridad. Se trata de verificar si las medidas anti crisis adoptadas por los gobiernos de algunos Estados miembros puede analizarse a través del prisma de una dinámica de tipo cooperativa y solidaria⁴², o

41 Sentencia de 11 de septiembre de 2008, *UGT-Rioja*, C-428 a 434/06.

42 Así, al menos en parte F. DONATI, «Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea», *Dir. Un. Eur.*, 2013, pp. 337 y ss.

más en general, cuál es la relación entre ese tipo de relaciones y la alternativa entre integración económica y solidaridad –en la génesis y la dinámica evolutiva del proceso de integración–⁴³.

La respuesta no es positiva, por más que sea innegable que el análisis de los actos de gestión de la crisis ha despertado en la doctrina europea el interés por el principio de solidaridad (piénsese, por ejemplo, en la afirmación formulada con plena autoridad, según la cual la solidaridad no es un camino unidireccional⁴⁴). Sin embargo, las conclusiones no son del todo positivas. En este sentido, se ha afirmado de modo sugerente que las medidas anticrisis se insertan en una fase de desarrollo del proceso de integración, que, tras la «primavera constitucional» de los primeros años del siglo XXI, se caracterizaría por «una suerte de «contraconstitución», con un robusto pilar en el llamado «Fiscal Compact» y desde el que puede reconstruirse una genealogía que reenvía a una historia que ha mantenido una fuerte consciencia de la necesidad de encauzar las tendencias neoliberales; pero también, de dar a la Unión un legitimidad más fuerte fundada en los derechos⁴⁵.

La dinámica solidaria habría de revisarse a la luz de las medidas anticrisis, puesto que tal solidaridad no iría tan solo desde la Unión –o mejor dicho, de los Gobiernos de algunos Estados miembros de mejor economía– hacia el Estado en dificultad, sino también del Estado en dificultad hacia Europa a partir de una gestión responsable de sus finanzas y, de manera general, en términos de una corresponsabilidad hacia la conservación y la estabilidad del sistema económico y financiero de la Eurozona. La concesión de una medida de solidaridad desde el nivel europeo –y la propia referencia a una lógica de concesión en una dinámica solidaria da lugar a la ambigüedad– debe recibir en contrapartida el esfuerzo por parte del Estado miembro de adoptar medidas internas de austeridad idóneas para estabilizar y sanear el presupuesto en el plano del gobierno de la economía, pero también en el plano normativo⁴⁶.

43 Sobre este punto, por ejemplo, H. BRUNKHORST, «Europe at crossroads: between the kantian mindset of democratic capitalism and the managerial mindset of capitalist democracy», *Arch. Öff. Rechts*, 2014, pp. 25 y ss., 38 y ss.

44 La solidaridad, según I. PERNICE, *Solidarität in Europa*, en Aa. Vv., *Europäische Solidarität...*, op. cit., pp. 25 y ss., remite a una relación fundada sobre la reciprocidad («Gegenseitigkeitsverhältnis») y, por tanto, no puede concebirse como un camino en un sentido único («Sie ist dabei keine Einbahnstraße», p. 26). En sentido similar C. CALLIESS, «*In Vielfalt geeint*» – *Wie viel Solidarität? Wie viel nationale Identität?*», op. cit. pp. 5 y ss., 17.

45 En este sentido S. RODOTÀ, *Solidarietà*, op. cit., p. 6.

46 Piénsese, por ejemplo, en el artículo 3.2 del Tratado de estabilidad, coordinación y gobierno de la Unión económica y monetaria (el llamado «fiscal compact»), en virtud del cual la efectividad del

La importancia del principio de solidaridad, en definitiva, no se separa –al menos en la lectura traída a discusión– del fuerte nexo entre solidaridad y responsabilidad⁴⁷: la solidaridad, en otros términos, está conectada a la obligación correlativa de respetar una serie de parámetros normativos y de obligaciones concretas en el plano del gobierno de la economía⁴⁸.

El nexo de la condicionalidad que ha caracterizado todas las «operaciones de solidaridad» hacia los Estados mediterráneos –y, sobre todo, el saneamiento griego– abre una serie de reflexiones de amplio rango sobre la relevancia efectiva del principio de solidaridad en estos hechos: se considera, por otro lado, que la presencia de una fuerte condicionalidad está entre las razones que han permitido al Tribunal de Justicia –en la ya citada sentencia Gauweiler, pero también en la precedente sentencia Pringle⁴⁹– considerar compatible con el derecho europeo y, sobre todo, con los principios que ordenan la Unión económica y monetaria, tanto el MEDE como el «Fiscal Compact».

Convendría preguntarse si la corresponsabilidad se traduce –en la óptica del principio de solidaridad– en una mera dinámica de reciprocidad, en una relación de tipo sinalagmático entre prestaciones solidarias y la obligación de adoptar medidas de austeridad a la vista del saneamiento financiero del Estado miembro. Ayuda a este propósito la tradición del derecho internacional, en la cual, por un lado, el principio de solidaridad se ha mostrado en aquellos ámbitos de la vida internacional en los cuales se excluye la aplicación del principio de reciprocidad (como las acciones humanitarias, o la protección de los derechos humanos) y, por otro lado, ha mantenido una fuerte tensión ética, hasta el punto de que se ha afirmado «solidarity is one of the multifunctional, constituent elements of the concept of justice in public international law»⁵⁰. Más en general, la dinámica del principio de solidaridad en el derecho

mandato de presupuesto equilibrado y estabilidad financiera han de ser garantizado mediante «disposiciones vinculantes y de naturaleza permanente –preferiblemente constitucionales– que han de ser respetadas a lo largo de todo el procedimiento nacional presupuestario de manera fiel y de modo riguroso».

47 En la perspectiva de R. BIEBER, «Gegenseitige Verantwortung...», op. cit.

48 La medida de la solidaridad financiera para salvar a los Estados en dificultad no es, en definitiva, un «act of generosity»: perspectiva que se critica en la editorial del número monográfico del *Archiv des Öffentlichen Rechts* del año 2014, con el tema *Transnational Solidarity: an interdisciplinary approach*, Cfr: p. 8).

49 Sentencia de 27 de noviembre de 2012, C-370/12. Sobre la decisión O. PORCHIA, «Il ruolo della Corte di Giustizia dell'UE nella governance economica europea», *Dir. Un. Eur.*, 2013, pp. 593 y ss.

50 En particular K. WELLENS, «Revisiting solidarity as a re-emerging constitutional principle: some further reflections», R. WOLFRUM-C. KOJIMA (eds.), *Solidarity: a structural principle in International law*, Springer, 2010, pp. 3 y ss., 7.

internacional remite a las tensiones entre universalismo y particularismo, y, sobre todo, a la posibilidad de que esa polarización sea superada mediante la asunción de una perspectiva crítica, centrada en la importancia de las relaciones concretas entre los actores de la comunidad internacional y la realización de la justicia. El discurso, obviamente, es largo y complejo, en cuanto que remite a las mismas alternativas culturales que han condicionado el nacimiento del derecho internacional moderno: de un lado, la soberanía del Estado y su vis expansiva; y de otro, la aspiración de lograr un conjunto normativo universal, fundado sólidamente sobre los principios de la razón y capaz de prescindir de las condiciones históricas concretas de desarrollo de la comunidad internacional. Después de consolidar la dimensión subjetiva, de ella y de la dimensión objetiva surge el perfil de las relaciones concretas entre sujetos del derecho internacional; esto es, su componente social (que implica el principio de solidaridad), que, sin duda, parece susceptible de abrir nuevas perspectivas, en especial con atención a los fundamentos del derecho internacional⁵¹.

Sin embargo, una interpretación demasiado rígida del nexo de condicionalidad corre el riesgo de no tener en cuenta de manera adecuada los efectos de las medidas de austeridad sobre el modelo social –y del proceso de integración– no sólo dentro del Estado miembro afectado, sino también en el plano europeo, en especial en atención a los presupuestos de cultura constitucional que deberían animar el proceso de integración europea. El impacto ha sido devastador, señalando el paso a una nueva fase de desarrollo en el proceso de integración, particularmente frágil en sus premisas, que, además, son inciertas. En verdad, los problemas no se refieren solo al alcance del principio de solidaridad entre los Estados miembros, sino, sobre todo, en atención a la efectividad –debería decirse que la hacen peligrar– del principio de solidaridad dentro de los Estados afectados, en tanto que las medidas de austeridad ponen en riesgo –frustran– muchas de las conquistas del constitucionalismo democrático y social, en especial la tutela de algunos derechos sociales fundamentales como el de la salud o la seguridad social. Conviene recordar la reflexión de Hermann Heller, sea en referencia a su crítica del internacionalismo socialista, sea en referencia a su reflexión sobre la relación entre democracia política y homogeneidad social: dos posiciones teóricas estrictamente conectadas en la medida en que el rechazo del internacionalismo en Heller se deriva de la convicción de que el marco de la estatalidad de su época era la única dimensión con capacidad para contener y gestionar las dinámicas de integración del cuerpo social de acuerdo con criterios de

51 He profundizado en estos asuntos en *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 37 y ss.

igualdad sustancial; dinámicas de las cuales, a su vez, se deriva la buena calidad de la vida democrática⁵². Ahora bien, incluso si hoy no se ha de proponer un retorno a la dimensión nacional para favorecer el desarrollo democrático y social en Europa, es innegable que el propio impacto de las medidas anticrisis –y de su nexo de condicionalidad social– llama la atención sobre la importancia del vínculo entre los modelos sociales y la vida democrática. En definitiva, la concentración de las medidas anticrisis en el nivel europeo no se puede realizar privilegiando el aspecto competitivo, en detrimento de la lógica impuesta por el principio de solidaridad y de la cooperación leal entre Estados; y tampoco ha de alcanzarse siendo indiferente al modelo social de cada Estado miembro. El desarrollo democrático de la Unión Europea pasa por profundizar en la legitimación social de los procesos de decisión política y, sobre todo, de sus efectos.

En otras palabras, así como el proceso de integración europea, en el plano político, no se alcanzará con una erosión creciente de la responsabilidad de los actores políticos y con ellos de la legitimidad democrática de los procesos de decisión⁵³, del mismo modo las dinámicas de gestión de la crisis y el gobierno de la economía en Europa no puede prescindir del modelo social y, por tanto, del alcance del principio de solidaridad y de su función fundamental dirigida a corregir las asimetrías en el desarrollo y la desigualdad entre los Estados miembros y dentro de cada Estado miembro.

Bien visto, ocurre algo similar en la gestión de las fronteras exteriores, en las cuales, pese a los numerosos intentos de alcanzar en sede europea dinámicas de

52 La referencia es a H. HELLER, *Sozialismus und Nation*, Berlino, Arbeiterjugend Verlag, 1925, (ahora en la recopilación, *Gesammelte Schriften*, Tübingen, Mohr, 1992, Bd. I, pp. 437 y ss.), del mismo autor, *Democrazia politica e omogeneità sociale* (1928), ahora en, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, edición de U. Pomarici, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 9 y ss. Para una mayor profundidad me remito a A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali...*, cit., pp. 93 y ss.

53 Respecto a algunos trabajos de F. BALAGUER CALLEJÓN, en particular «Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea», *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 5, coord. A. LUCARELLI y A. PATRONI GRIFFI, Napoli, ESI, 2009, pp. 13 y ss.; también «Crisi economica e crisi costituzionale in Europa», en Aa. Vv., *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica europea*, coord. B. ANDÒ y F. VECCHIO, Padova, CEDAM, 2012, pp. 333 y ss., donde habla de una verdadera fuga de la responsabilidad política, provocada por el proceso de integración en favor de los Gobiernos nacionales. En el sentido de una conexión muy estrecha entre la aspiración de liberarse del control democrático («get rid of democratic control») y la preeminencia de la instancia economicista en el desarrollo del proceso de integración europea, v. H. BRUNKHORST, «Europe at crossroads...», op. cit., p. 41.

gestión cooperativa de las fronteras del sur con relación a los flujos migratorios (con la intención de garantizar la conciliación entre acogida de inmigrantes, seguridad y división de la responsabilidad entre Estados fronterizos y los otros Estados de la Unión), de manera regular se opone la resistencia de numerosos Estados miembros que se han postulado entre la suspensión de los Acuerdos Schengen al cierre de las fronteras⁵⁴. También en este caso el rechazo de la solidaridad entre Estados se ha traducido en la frustración del principio de solidaridad dentro de los Estados, precisamente por su cercanía a la tutela misma de la dignidad de la persona.

Las dinámicas de gestión de la crisis económica y la problemática gestión de las fronteras y de los flujos migratorios demuestran que existe una conexión estricta entre el alcance de la solidaridad entre los Estados miembros y la efectividad de la solidaridad dentro de los Estados miembros, sea en atención a los derechos de los ciudadanos o en referencia a la acogida de los extranjeros y la garantía de los derechos fundamentales.

Por el contrario, una referencia fuerte al principio de solidaridad enriquecería el entrelazamiento, típico del proceso de integración, entre apertura cooperativa de los Estados miembros y resistencia a la instancia soberana, en el sentido de profundizar y hacer efectivo el concepto de «corresponsabilidad cooperativa» («kooperative Mitverantwortung»)⁵⁵ utilizado por Markus Kotzur. Por otro lado, la interacción virtuosa entre solidaridad interestatal y solidaridad infraestatal contribuiría a profundizar en la legitimación del proceso de integración europeo en el mismo plano de la efectividad de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales, recuperando de este modo uno de los elementos fundamentales del constitucionalismo democrático y social europeo: la idea de una democracia integral, en la que la legitimación se fía a mecanismos procedimentales, pero sobre todo a dinámicas de integración social –mediante el disfrute de derechos sociales fundamentales– capaces de cualificar a la democracia ciudadana en sentido sustancial y social, y haciendo efectiva la participación política y, de este modo, mejorando la calidad del proceso político, garantizando su pleno desarrollo en sentido democrático.

54 Estas cuestiones han sido tratadas en detalle por A. ROMANO, sea en *Governo della frontiera e libertà di circolazione degli stranieri tra Stati membri e Unione europea*, tesis doctoral discutida el 30 de junio de 2014 en la Universidad de Roma «Sapienza», que, recientemente, en «La rinascita delle frontiere interne: il declino (reversibile?) di Schengen», en Aa. Vv., *La crisi dei migranti tra Italia e Unione europea*, coord. M. SAVINO, Rapporto IRPA 2016, en prensa pp. 90 y ss.

55 Por ejemplo, M. KOTZUR, «Kooperativer Grundrechtsschutz. Eine Verfassungsperspektive für Europa», *Jahrbuch öff. Rechts*, 2007, pp. 337 y ss.

Resumen

El trabajo analiza la relación entre gobierno de la economía y desarrollo democrático de la Unión europea, a partir del principio de solidaridad y de sus dinámicas de aplicación en los distintos niveles de gobierno de la Unión.

En particular, se adopta el principio de solidaridad como herramienta de análisis de cuatro ámbitos de la relación entre gobierno de la economía y desarrollo democrático, es decir: el papel de los Parlamentos, de los Tribunales constitucionales y del TJUE en el control de las decisiones políticas adoptadas en tiempos de crisis, y el posible uso del principio de solidaridad como parámetro de control del ejercicio de la discrecionalidad política en la administración de recursos escasos (medidas de austeridad); el papel del pluralismo territorial; la relación entre derechos y mercado en el proceso de integración europea; la condicionalidad como carácter esencial de las medidas de rescate adoptadas por los Estados de la Eurozona.

El análisis intenta demostrar que existe una relación muy profunda entre la solidaridad entre Estados, y la efectividad del principio de solidaridad al interior de los Estados, y que solamente medidas europeas inspiradas en ello pueden conservar el modelo social de los Estados y de la Unión, contribuyendo así al desarrollo de una democracia «social» o bien «integral».

Palabras clave: *Solidaridad-Unión europea-crisis económica-gobernanza-democracia*

Abstract

The paper analyzes the relation between governance and democracy in the European Union, from the specific point of view of the principle of solidarity and its dynamics at different levels (European, national, regional).

Principle of solidarity is used as a tool to analyze four dimensions of the relation between governance and democracy: the role of Parliaments and Courts in controlling decisions adopted in times of economic crisis, trying to show how principle of solidarity could be used as a paramount norm when assessing the discretion of politics on low budget resources; the role of pluralism in federal and regional systems; the relation between market and fundamental rights in the development of the European integration process; conditionality as an essential feature of the measures of economic policies adopted in the EU as a consequence of debt crisis in a number of Member States.

The analysis aims to demonstrate the deep relation between solidarity among States and the effectiveness of solidarity inside States: therefore, European economic policies can preserve social balances and integral democracy, only if inspired in the principle of solidarity.

Keywords: *Solidarity-European Union-Governance-Democracy*

Recibido: 5 de mayo de 2016

Aceptado: 5 de junio de 2016



REFORMAS EN LA GOBERNANZA E INCERTIDUMBRES EN LA CULMINACIÓN DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA*

LAURA FROSINA

*Investigadora de Derecho público comparado. «La Sapienza»,
Universidad de Roma*

SUMARIO:

1. Premisa. Dificultad clasificatoria e hipótesis de simplificación del análisis.
2. La evolución de los mecanismos europeos de estabilidad financiera: La creación del mecanismo europeo de estabilidad (MEDE).
3. Las reformas para el refuerzo de la dirección, coordinación y vigilancia de las políticas económicas y presupuestarias de la UE.
4. La Unión bancaria y sus recientes progresos.
5. El informe de los cinco presidentes y las perspectivas de desarrollo de la gobernanza: ¿hacia la culminación de la Unión Económica y Monetaria?
6. Consideraciones finales.

1. PREMISA. DIFICULTAD CLASIFICATORIA E HIPÓTESIS DE SIMPLIFICACIÓN DEL ANÁLISIS

La crisis financiera global comenzada en 2007, comparada por sus dimensiones y consecuencias con la Gran Depresión de 1929¹, no tardó en extenderse también por el área europea, afectando de manera distinta a los Estados miembros de la Unión, especialmente a aquellos con un mayor nivel de endeudamiento². La exten-

* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro

1 Véase G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012, que observa cómo la crisis actual sea comparable en magnitud y gravedad a la de 1929. *Cfr.* con las reflexiones de F. LANCHESTER, «Le trasformazioni geopolitiche, l'integrazione europea e l'eredità del federalismo statunitense e tedesco», *Nomos*1/2012.

2 Habla de la europeización de la crisis R. DICKMANN, «Le regole della gobernanza economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione», *Federalismi.it*, n. 4/2012, observando cómo se ha «europeizado» a partir del 2010, golpeando a Grecia, cuya deuda soberana ha comenzado a perder *rating* a partir del año sucesivo, para después extenderse a otros países como Italia, España, Portugal e Irlanda.

sión, gravedad y heterogeneidad de la crisis, que ha aquejado a los sectores financiero, económico y bancario, ha puesto de manifiesto los límites y las carencias del proyecto de la Unión económica y monetaria (UEM) después de Lisboa, demostrando no estar preparada para gestionar una crisis similar –seguramente inevitable, pero en algunos aspectos quizás previsible– por su carencia de mecanismos de tutela de la estabilidad económico-financiera de la Unión. Los Tratados, tal y como fueron modificados por el Tratado de Lisboa, no prevén instrumentos de apoyo a Estados miembros con crisis de liquidez, sino que por el contrario el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) impone una prohibición de rescate conocida como «bailout» (art. 125), al tiempo que impone a los Estados evitar un déficit público excesivo (art. 126). La única excepción a este esquema se dispone en el artículo 122 TFUE que admite la posibilidad de una asistencia financiera por parte de la Unión Europea a los Estados en situación de crisis, pero sólo en determinadas ocasiones extraordinarias aparejadas a situaciones de grave dificultad económica provocada por calamidades naturales o circunstancias excepcionales que escapen al control de los Estados. La falta de mecanismos de ayuda financiera a los Estados ha constituido uno de los principales problemas con el que se han encontrado las instituciones europeas en el momento de afrontar situaciones urgentes derivadas de la crisis. La necesidad de afrontar la crisis de deuda soberana y el riesgo de «default» de algunas economías nacionales ha obligado a las instituciones europeas a aprobar urgentemente medidas anti crisis que han llevado a reconstruir la gobernanza europea sobre bases nuevas y más sólidas³.

Las reformas aprobadas con este fin se han caracterizado, a grandes rasgos, por su desorganización y fragmentariedad, lo que revela: 1) la ausencia de un diseño unitario; 2) un fuerte experimentalismo; 3) una amplia flexibilidad en sus contenidos; 4) la diversa naturaleza, de necesidad o estructural, y eficacia, preventiva o correc-

3 Sobre las razones y los efectos de la crisis en los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular, en aquellos de la Eurozona, existe una amplia producción científica. Entre las contribuciones más recientes sobre el tema, se señalan, J.A. CAPORASO, M. RHODES, *The political and economic dynamics of the Eurozone crisis*, Oxford, University press, 2016; F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. BARRILAO (a cura di), *The impact of the economic crisis on the EU institutions and Member States*, Navarra, Aranzadi, 2015; S. FABBRINI, *Which European Union? Europe after the Euro crisis*, Cambridge, University press, 2015; O. PORCHIA, *Gobernanza economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. M. J. RODRIGUES, E. XIARCHOGIANNOPOULOU, *The Eurozone crisis and the transformation of EU gobernanza: internal and external implications*, Farnham, Surrey, UK, Burlington, VT, Ashgate, 2015.

tiva, de sus procedimientos. Elementos que hacen complejo cualquier intento de clasificación. La doctrina que ha estudiado tales fenómenos ha puesto el acento en estos aspectos, tomando en consideración uno o algunos de estos parámetros⁴, con la intención de ofrecer las claves de lectura de las reformas aprobadas, o de realizar reconstrucciones más puntuales⁵, es decir, de formular una descripción analítica de tales reformas siguiendo una perspectiva reconstructiva unitaria⁶.

Las dificultades subyacentes a las operaciones reconstructivas inducen –en mi opinión– a seguir el camino de la simplificación, tratando de analizar las reformas de la gobernanza en relación a los objetivos marcados y a los resultados conseguidos, teniendo en cuenta que se trata de un fenómeno «in progress» que ha debido afrontar esencialmente situaciones de emergencia. Una visión de conjunto de tales reformas permite observar cómo se han orientado, por un lado, a reforzar la coordinación y la vigilancia de las políticas presupuestarias y macroeconómicas de los Estados miembros, y de otro lado, a institucionalizar un marco jurídico más sólido para reforzar la resiliencia del sector financiero, mejorando la prevención, la gestión y la resolución de la crisis financiera y bancaria. Con la intención de alcanzar este objetivo se han realizado sobre el terreno –a partir de 2010– una serie de reformas con fuentes normativas de diversa índole (supranacional, internacional y nacional) y de distinta naturaleza (no solamente legislativa), que han rediseñado la arquitectura estructural y funcional de la gobernanza económico-financiera en la UE.

Tales reformas serán analizadas a la luz de las premisas metodológicas expuestas siguiendo un esquema en base al cual podrían subdividirse como: instrumentos de asistencia financiera para los Estados en dificultad; medidas de dirección, coordinación y vigilancia por parte de la Unión sobre las políticas macroeconómicas y presupuestarias de los Estados miembros; intervenciones para sanear el sector financiero relativas sobre todo a la Unión bancaria. Se trata de un esquema funcional destinado

4 En doctrina italiana v., por ejemplo, A. CANEPA, «Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria», *Rivista Aic* n.1, 2015.

5 V. P. BILANCIA, «La nuova gobernanza dell'Eurozona», en M. BENVENUTI, F. ANGELINI (Coords.), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi*, Nápoles, Jovene, 2012; R. DICKMANN, *Gobernanza economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013; E. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia*, Bolonia, Bononia University press, 2013.

6 Es este sentido M. BENVENUTI, «Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea; uno sguardo d'insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e decostituzionalizzazione del diritto sovrano)», en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. BARRILAO (Coords.), *op. cit.*, p. 64 ss.

a realizar una descripción analítica de las reformas aprobadas hasta la fecha pero que no aspira a encuadrarlas en rígidas categorías predefinidas.

2. LA EVOLUCIÓN DE LOS MECANISMOS EUROPEOS DE ESTABILIDAD FINANCIERA: LA CREACIÓN DEL MECANISMO EUROPEO DE ESTABILIDAD (MEDE)

La previsión de nuevos instrumentos de ayuda financiera a los Estados miembros con graves dificultades ha constituido la primera e inmediata respuesta de la UE para superar la crisis. Los instrumentos de asistencia financiera, destinados en su conjunto a preservar la estabilidad financiera de la Unión y, en particular, de la zona euro, han sido adoptados en derogación de la prohibición de «bailout» establecida por los Tratados, justificándose por el carácter excepcional y sin precedentes de la crisis mundial. Se caracterizan por su estricta condicionalidad, dado que la concesión de ayudas financieras queda subordinada al respeto de determinadas condiciones macroeconómicas que requieren la actuación de amplias reformas por parte de los Estados beneficiarios⁷.

El primer sistema de rescate financiero, del que derivó la idea de crear un sistema para la zona euro⁸, fue aprobado el 7 de mayo de 2010 para rescatar a Grecia – en riesgo de «default»– y consistió en la asignación de un montante de 110 mil millones de euros, de los que 80 mil millones salieron de las arcas de los Estados de la Eurozona y 30 mil del Fondo Monetario Internacional (FMI), denominado «Greek Loan Facility»⁹. Este plan de rescate financiero de tres años, adoptado y coordinado por la Comisión¹⁰, requirió de la ejecución de un programa de reformas para sanear las cuentas públicas, un programa definido al detalle en los memorándum firmados por

7 A. DE GREGORIO MERINO, «Legal Developments in the Economic and Monetary Union During the Debt Crisis: The Mechanism of Financial Assistance», *Common Market Law Review*, 2012, p. 1613 ss.

8 La emersión con toda su gravedad de la crisis griega ha revelado la impracticabilidad de la salida de Grecia del euro, poniendo sobre la mesa las consecuencias negativas de esta solución para el sistema del euro en su conjunto y no sólo para las economías nacionales, a causa de las ingentes pérdidas que habrían derivado para la banca (sobre todo francesa y alemana) titular de deuda pública griega.

9 El 23 de abril de 2010 Grecia ha formalizado su primera solicitud de ayuda financiera a la UE, muchos meses después del shock de la declaración del nuevo Primer Ministro griego, George Papandreu, sobre la falsificación de las cuentas públicas enviadas por los gobiernos precedentes y de un déficit público del 12,7%, el cuádruple en relación al 3,7% estimado anteriormente.

10 Decisión 2010/320/UE.

el Gobierno heleno¹¹ que estableció no sólo los detalles sobre las obligaciones y modalidades de reducción del gasto público sino también sobre las reformas estructurales, económicas y sociales. Los memorándum fueron recibidos en el ordenamiento interno mediante ley ordinaria y sometidos al control de la conocida como «Troika», que comprende a la Comisión, al FMI y al Banco Central Europeo (BCE)¹².

Tras la adopción del «Greek Loan Facility», que dio respuesta a la emergencia financiera de otros Estados como Irlanda o Portugal, se instituyeron, por vía de urgencia y de forma temporal, dos mecanismos integrados de rescate financiero, el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera (MEEF)¹³ y el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF)¹⁴, que han sido posteriormente sustituidos por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

Los primeros dos fondos¹⁵, creados para evitar el riesgo de «default» de algunos Estados y dotados de recursos limitados, han concedido diversos préstamos a los

11 El *Memorandum of Economic and Financial Policies* y el *Memorandum of Understanding of Specific Economic Policy Conditionality* fueron redactados por el Ministro de Economía griego y por el Gobernador del Banco central de Grecia, el 3 de mayo de 2010, es decir, el día después a la conclusión de la reunión de expertos de la Comisión, del BCE y del FMI mantenida en Atenas.

12 Sobre la evolución de la crisis griega y su repercusión se reenvía a A. VITERBO, R. CISOTTA, «La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea», *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, 961 ss. U. TRIULZI, «La crisi della Grecia è la crisi dell'Europa?», *Federalismi. it*, n. 15/2015

13 El MEEF, establecido mediante el Reglamento del Consejo n. 407/2010, en base al art. 122.2, del TFUE, nace con la finalidad de responder de forma coordinada, rápida y eficaz a las graves dificultades de un determinado Estado miembro a través de la concesión de préstamos o líneas de crédito. El Estado miembro beneficiario de las prestaciones financieras debe definir con la Comisión, tras consultar al BCE, las condiciones generales de política económica a las cuáles se encuentra subordinada la asistencia financiera.

14 El FEEF ha sido establecido mediante acuerdo internacional en forma simplificada bajo la forma de una sociedad anónima de derecho luxemburgués. El Fondo se encarga de conceder asistencia financiera a los Estados miembros con dificultades a través de la emisión de obligaciones de garantía de cada Estado en proporción a la cuota suscrita por estos en el marco de un programa de ajuste macroeconómico. Tal programa se define por la Comisión, que actúa de representante de los Estado del Euro grupo, y por el país solicitante de la ayuda que deben firmar un Memorándum de entendimiento donde se especifiquen los recortes en el gasto público y las reformas estructurales a realizar.

15 Las dos instituciones han funcionado de manera simultánea desde octubre de 2012 (fecha de inauguración del MEDE) hasta julio de 2013. Desde el primero de julio de 2013 el FEEF no ha podido asumir más programas de asistencia financiera pero ha continuado su gestión para el reembolso de las deudas no saldadas.

Estados solicitantes (Grecia, Irlanda y Portugal) subordinando su concesión a la adopción de detallados programas de ajuste económico-financiero.

Posteriormente, con el agravamiento de la crisis y la solicitud de ayuda por parte de España, se puso de manifiesto la necesidad de sustituir estos instrumentos temporales por un mecanismo de ayuda financiera permanente capaz de salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro. La institucionalización de tal mecanismo necesitó, por las reticencias de algunos gobiernos nacionales, en particular del Reino Unido, una previa reforma del TFUE –adoptada mediante el procedimiento simplificado¹⁶– que añadió el párrafo 3 al art. 136, especificando que «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas». Esta modificación permitió a los Estados de la zona euro firmar el 2 de febrero de 2012 el Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (TMEDE), definido como una «organización intergubernamental de derecho internacional público»¹⁷. Para la entrada en vigor del Tratado, se debió esperar a la ratificación de Alemania que tuvo a su vez que esperar el visto bueno del Tribunal Constitucional federal alemán. Éste último se pronunció el 12 de septiembre de 2012 a favor de la legitimidad constitucional de la ley interna de ratificación del Tratado, aunque exigió el respeto riguroso de condiciones destinadas a salvaguardar la centralidad de la democracia parlamentaria en el ordenamiento constitucional alemán¹⁸. El TMEDE entró en vigor el 8 de octubre de 2012 tras haber sido ratificado por los 17 Estados de la Eurozona.

16 El Consejo Europeo, con la decisión n. 2011/199, de 25 de marzo de 2011, ha utilizado la posibilidad de modificar el TFUE mediante el procedimiento simplificado conforme al art. 48 (6) TUE.

17 G. NAPOLITANO, «Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione», *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 463 ss.

18 Para un primer comentario de esta sentencia v. P. RIDOLA, «Karlsruhe locuta causa finita? Il Bundesverfassungsgericht, il fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista», *Federalismi.it*, n. 18, 2012. Este evidencia cómo el *Bundesverfassungsgericht* ha pretendido sobre todo que «a través de la inserción de reservas se salvaguarden las competencias del *Bundestag* sobre las operaciones de rescate que comporten para la *Bundesrepublik* obligaciones financieras que excedan el capital al que había sido originariamente obligada con la firma del Tratado» y que se garantice al *Bundestag* una exhaustiva información a través de «el canal de legitimación personal de los representantes de la República federal en los órganos de gestión del fondo».

Frente a los mecanismos de rescate anteriores, el MEDE se ha dotado de una estructura más articulada, de un capital más amplio que alcanza hasta los 700 mil millones de euros, y de poderes de intervención más incisivos. Desde el punto de vista estructural se ha constituido mediante un Consejo de Gobernadores compuesto por los Ministros de economía de los Estados parte; por un Consejo de administración y un Director general nombrado por el Consejo de gobernadores, así como por el Comisario de la UE de asuntos económico-monetarios y el Presidente del Banco Central Europeo, que participan en calidad de observadores. Desde el punto de vista funcional, se ha dotado de amplios poderes, tanto de naturaleza preventiva como sucesiva, destinados a conceder ayuda financiera los países que ya sufran, o tengan riesgo de sufrir, dificultades financieras, a través de intervenciones de naturaleza preventiva (art. 14), o correctiva, encaminadas a recapitalizar la banca o las instituciones del Estado interesado (art. 15), a conceder préstamos (art. 16), o a ejecutar fórmulas de mantenimiento mediante operaciones de adquisición directa de títulos de deuda pública en el mercado primario y secundario. Las operaciones de asistencia financiera del MEDE se sujetan, al igual que los instrumentos anteriores, a una estricta condicionalidad en tanto que pueden ser concedidas «sobre la base de rigurosas condiciones» a los Estados en situación financiera grave y sólo cuando puedan poner en peligro la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto. Las «rigurosas condiciones» pueden consistir en muy variadas medidas que van desde el plano del ajuste macroeconómico hasta el constante respeto de condiciones de admisibilidad predefinidas (art. 12). El plano del ajuste macroeconómico, que resulta generalmente subordinado a la asistencia financiera, debe ser negociado por el Estado interesado con la Comisión Europea, que actúa a su vez en coordinación con el BCE y el FMI.

Debe recordarse que, desde 2013, la asistencia financiera del Mecanismo se garantiza sólo para aquellos Estados que hayan ratificado el Tratado de coordinación, estabilidad y gobernanza de la Unión Económica y Monetaria, el llamado «Fiscal Compact», complementario del MEDE a la hora de promover la responsabilidad y la solidaridad presupuestaria en la UEM¹⁹.

19 En el preámbulo del Tratado del *Fiscal Compact* se afirma que la garantía de asistencia en el marco de los nuevos programas previstos por el MEDE se condicionará, desde el primero de marzo de 2013, a la ratificación del *Fiscal Compact* por parte de los interesados y, en cuanto finalice el periodo previsto para la transposición de las reglas de equilibrio presupuestario en las legislaciones nacionales, previsto en el art. 3.2, también se condicionará por lo dispuesto en ellas.

Desde su activación el MEDE ha concedido asistencia financiera para recapitalizar las instituciones bancarias españolas²⁰, actualmente está concediendo asistencia a Chipre²¹, y más recientemente, el 19 de agosto de 2015, ha aprobado el tercer acuerdo de préstamo para Grecia («The Financial Assistance Facility Agreement»), por un total de 85 mil millones de euros²².

Este último plan de asistencia financiera se enmarca en el ámbito de las complejas operaciones de rescate solicitadas por Grecia en el último lustro. Debe recordarse que Grecia, tantas veces al borde de la quiebra este año, se ha beneficiado de tres sustanciosos programas de ayuda financiera vinculados a la adopción de rigurosos planes de austeridad. Estos planes, aprobados mediante «Memorandum of Understanding» y sometidos a los exigentes controles de la Troika, han tenido efectos devastadores en el ámbito interno, favoreciendo el resurgir de una crisis económica, política y social sin precedentes²³. Tras el primer plan de rescate, la continua inesta-

20 El programa de asistencia financiera acordado en 2012 por España concluyó el 31 de diciembre de 2013 con la transferencia de 41.300 millones de euros al Gobierno español para la recapitalización del sector bancario del País. La ayuda financiera ha sido condicionada a la adopción de una serie de reformas en el sector bancario, la gobernanza, la vigilancia y la reglamentación del sector financiero.

21 El Gobierno chipriota solicitó el 25 de junio de 2012 ayuda financiera al Presidente del Euro grupo por el estado crítico de su sistema macroeconómico y la difícil situación bancaria del país. El 8 de mayo de 2013 el Consejo de gobernadores aprobó el *Financial assistance facility agreement* (FFA), en el que preveía la transferencia de 10 mil millones de euros (1/10 parte) en varios tramos. La adopción de tal acuerdo se realizó a través de una reunión previa del Euro grupo sobre los puntos clave de los necesarios ajustes y condiciones macroeconómicas, y el 24 de abril de 2013 el Consejo de gobernadores adoptó el *Memorandum of Understanding* redactado por la Comisión en colaboración con el BCE y el FMI. En el *Memorandum* se especifican las condiciones a las que se subordina la asistencia financiera que comprenden la reestructuración del sector financiera y fiscal, así como reformas estructurales para la sostenibilidad de la competitividad y el crecimiento, y la sostenibilidad de la deuda pública.

22 El 8 de julio de 2015 el Gobierno griego requirió de nuevo asistencia financiera al Presidente del Consejo de gobernadores del MEDE. El 19 de agosto se aprobó por éste órgano el *Memorandum of Understanding*, centrado en cuatro aspectos: la restauración de la sostenibilidad fiscal, la salvaguarda de la estabilidad financiera, el crecimiento, la competitividad y la promoción de las inversiones, y la reforma de la administración pública.

23 Para un análisis del impacto constitucional de la crisis constitucional griega se reenvía, en particular, a X. CONTIADES, I. A. TASSOPOULOS, «The Impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution», en X. CONTIADES (edited by), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Ashgate, 2013, 195 ss., G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, capítulo III, párrafos 2, 67-77.

bilidad de las finanzas públicas empujó al Gobierno griego a renegociar y a cerrar, en febrero de 2012, un segundo acuerdo de préstamo con la Comisión y el FMI por un total de 130 mil millones de euros, subordinado también este a un ulterior plan de austeridad. La adopción de medidas de contenido fuertemente antisocial, transpuestas a nivel interno mediante leyes ordinarias, ha puesto en evidencia el carácter antidemocrático de tal proceso, en el que el Parlamento se ha limitado sólo a ratificar lo que previamente se había establecido en los acuerdos de auxilio financiero. Pero fue durante las negociaciones del tercer plan de ayuda el momento en que explotó la crisis política, ya que el Gobierno de SYRIZA, guiado por Alex Tsipras, decidió romper las negociaciones en curso y someter a un referéndum consultivo, conforme al art. 44 de la Constitución Griega, el acuerdo de 25 de junio²⁴. La victoria del NO en el referéndum del 5 de julio de 2015, que exacerbó las tensiones con Bruselas, fue interpretada como la victoria del Gobierno de Tsipras, que encabezó la campaña por el NO para rechazar una propuesta considerada insostenible para la economía griega. Las complejas y delicadas negociaciones post referéndum, en las que se puso en riesgo el futuro de Grecia en la Unión, permitieron un preacuerdo el 13 de julio entre los líderes de la zona euro, evitando el peligro del «Grexit», pero en el que se establecieron condiciones aún más exigentes, subordinando la concesión del tercer plan de financiación a la realización preliminar de un vasto paquete de reformas de austeridad en un tiempo record²⁵.

El asunto griego ha provocado una dura crisis no sólo económica sino también axiológica en la UE, y ha sacado a la luz las debilidades democráticas y solidarias de los nuevos mecanismos de asistencia financiera y, más en general, del renovado modelo de gobernanza económico-financiera, caracterizado por una gestión de naturaleza prevalentemente técnico-gubernativo a nivel europeo y de una tendencia a la «desparlamentarización»²⁶.

24 Para una descripción sobre la cuestión del referéndum griego se reenvía a G. ARAVANTINO LEONIDI, «La sfida di Atene all'Europa dell'austerità», *Federalismi.it*, n. 14/2015. G. GRASSO, «Il referendum greco e la questione democratica nella (ri)costruzione del soggetto politico europeo», *Osservatorio costituzionale*, julio 2015.

25 Sobre estos aspectos y sobre los desafíos del nuevo gobierno griego tras las elecciones legislativas del 20 de septiembre de 2015 se reenvía a G. ARAVANTINO LEONIDI, «Le elezioni legislative del 20 settembre in Grecia: la seconda volta di Tsipras», en *Federalismi.it*, n. 18/2015.

26 Sobre los problemas democráticos vinculados a la crisis griega y sobre la necesidad de su parlamentarización a nivel europeo se reenvía a las reflexiones de B. CARAVITA, «Parlamentarizzare la crisi greca», en *Federalismi.it* n. 14/2015.

3. LAS REFORMAS PARA EL REFUERZO DE LA DIRECCIÓN, COORDINACIÓN Y VIGILANCIA DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS Y PRESUPUESTARIAS DE LA UE

El segundo grupo de reformas de la gobernanza comprende, según la hipótesis de simplificación de la que partimos, aquellas medidas que han reforzado la dirección, coordinación y vigilancia de las políticas económicas y presupuestarias de los Estados miembros por parte de la Unión Europea en el marco del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC).

La crisis ha puesto en evidencia la debilidad estructural de la Unión económica y monetaria (UEM), diseñada en Maastricht y reformada con el PEC, que se fundó sobre una separación entre política monetaria, atribuida en exclusiva a la Unión, y la política económica y presupuestaria, que continua reservándose a la soberanía de los Estados miembros. En particular, la crisis ha revelado la inadecuación de los instrumentos existentes para promover una coordinación «ex ante» de las políticas económicas y presupuestarias de los Estados miembros, y un control «ex post» sobre los resultados de tales políticas por parte de las instituciones europeas²⁷, impulsando la aprobación de reformas que han reforzado sobre todo los poderes de dirección y coordinación de la Unión Europea.

Una de las principales novedades introducidas la representa el Semestre europeo, creado en enero de 2011 mediante decisión del Consejo ECOFIN de 7 de septiembre de 2010. El semestre europeo viene definido como «un ciclo de coordinación de las políticas económicas y presupuestarias de la UE», precisamente porque representa un método de trabajo sincronizado entre instituciones europeas y nacionales a través del cual se discuten y coordinan preventivamente las políticas presupuestarias, macroeconómicas, y las reformas estructurales de los Estados miembros de la UE²⁸. El semestre europeo se estructura en diversas fases que siguen una específica periodicidad y a las que precede la publicación por la Comisión del estudio prospectivo anual sobre el crecimiento (EPAC) y el informe sobre el mecanismo de alerta (IMA). El primero identifica las prioridades

27 Insiste en este aspecto F. DONATI, «Crisi dell'Euro, gobernanza economica e democrazia nell'Unione europea», en *Rivista Aic* n. 2/2013, que observa cómo los instrumentos de dirección política, coordinación y control previstos son demasiado débiles y no han impedido que la incorrecta política presupuestaria de algunos Estados miembros haya puesto en peligro la sostenibilidad del sistema euro en su conjunto.

28 Sobre la importancia del semestre europeo y su influencia en algunas experiencias constitucionales v. G. RIZZONI, «Il «semestre europeo» tra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto», en *Rivista Aic* n. 4, 2011.

económicas, de empleo y presupuestarias de la UE para el año siguiente, mientras que el segundo señala los Estados que podrían incurrir en desequilibrios macroeconómicos. En la primera fase del semestre —específicamente en los meses de febrero/marzo— el Consejo elabora las líneas maestras de la política económica y presupuestaria tanto para la Unión como para los Estados miembros. Los Estados miembros, posteriormente, hacia la mitad de abril, teniendo en cuenta las líneas del Consejo transmiten los programas de estabilidad y convergencia (PEC) elaborados en el ámbito del Pacto de estabilidad y crecimiento que contienen las estrategias a medio plazo en materia presupuestaria, así como los programas nacionales de reformas (PNR) elaborados en el marco de la nueva Estrategia para el crecimiento y el empleo UE 2020 y atinentes a las reformas estructurales. En la fase sucesiva, hacia comienzos de junio, la Comisión, tras haber evaluado los planes nacionales expresa recomendaciones específicas a cada país que se aprueban por el ECOFIN, y en la parte que le compete por el Consejo de asuntos sociales, y se adoptan por el Consejo Europeo de junio con el que se cierra el ciclo anual del semestre a nivel europeo. En la segunda mitad del año se abre el semestre nacional en el que los Estados miembros aprueban las leyes presupuestarias nacionales teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión.

El semestre europeo representa uno de los primeros instrumentos adoptados para crear una mayor vigilancia integrada de tipo preventivo de las prioridades económicas y presupuestarias de los Estados. A este le ha seguido el llamado «Pacto Euro-plus», establecido por el Consejo Europeo de 24-25 de marzo de 2011, y por los Estados miembros de la zona Euro junto a Bulgaria, Dinamarca, Letonia, Lituania, Polonia y Rumania, que ha permitido un nuevo salto cualitativo en la coordinación de las políticas económicas. El Euro-plus, siendo sólo una declaración conjunta en lo formal, ha asumido una particular relevancia debido a que ha empeñado a los Estados en la modificación de sus políticas económicas con el fin de alcanzar determinados objetivos de competitividad, empleo y estabilidad financiera, además de modificar el ordenamiento nacional mediante la recepción de las reglas presupuestarias fijadas en el PEC.

Otra reforma relevante para la reestructuración de la gobernanza ha sido el «six pack», un paquete normativo compuesto por cinco reglamentos y una directiva en materia económico-financiera que ha entrado en vigor el 13 de diciembre de 2011. En lo específico tres reglamentos modifican el PEC para promover una mayor coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros y un reforzamiento de los procedimientos de déficit excesivo²⁹, dos reglamentos definen el nuevo pro-

29 Reglamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento Europeo y el Consejo de 16 de noviembre de 2011, que modifica el reglamento (CE) n. 1466/97 del Consejo relativo al refuerzo de la

cedimiento de vigilancia multilateral³⁰, y la directiva, en fin, fija los requisitos y los criterios del marco presupuestario de los Estados³¹.

En términos generales, este paquete de medidas ha aportado modificaciones sustanciales al PEC, por un lado, para introducir mayor rigor y respeto de los estándares mínimos de sostenibilidad de las cuentas públicas y por otro lado reforzar la coordinación y vigilancia de las políticas económicas y presupuestarias a través de un procedimiento de control y de sanciones más estricto y rígido.

La reforma, además de confirmar la consistencia de los parámetros vigentes de estabilidad macroeconómica, impone nuevas obligaciones tanto en lo concerniente al presupuesto, requiriendo de los Estados una convergencia en los objetivos de estabilidad en un 0,5% anual, como en relación a la reducción de la deuda, recomendándose a los Estados con una relación deuda/PIB superior al 60% la reducción progresiva de la parte excedente al 1/20 al año. El «six pack» ha reforzado los sistemas de control y sanción de las reglas del PEC por parte de los Estados miembros. En esta dirección se imponen medidas orientadas a reformar y mejorar la activación del procedimiento de déficit excesivo y, sobre todo, aquellas que han introducido en el semestre europeo un nuevo procedimiento de vigilancia para la prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos. Este último mecanismo representa una significativa novedad dado que introduce un complejo procedimiento de vigilancia multilateral dirigido sustancialmente a anticiparse y corregir los desequilibrios macroeconómicos de los Estados miembros. Se realiza a través de una estrecha colaboración entre el Consejo y la Comisión en la adopción de recomendaciones preventivas, correctivas y de medidas ejecutivas de corrección que pueden comprender eventuales sanciones en caso de incumplimiento por los Estados en situación de

supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) n. 1177/2011 del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 1467/97, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo; Reglamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 sobre la ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro.

30 Reglamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 1466/97 del Consejo, relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas; Reglamento (UE) n. 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de desequilibrios macroeconómicos.

31 Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros.

déficit excesivo³². En cuanto a las sanciones, se introduce un principio de semi-automatismo en su imposición que facilita su adopción. Las sanciones que pueden adoptarse en el ámbito del procedimiento de control, desde la constitución de un depósito hasta el establecimiento de multas, se aprueban mediante recomendaciones de la Comisión y se consideran adoptadas por el Consejo –mediante el instituto del «reverse voting»– salvo que exista una mayoría cualificada expresa y contraria, en los diez días siguientes a su adopción, de los Estados de la Eurozona.

El «six pack» constituye un importante paso en la estrategia de integración económico-financiera más ambiciosa que, sobre todo tras la declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Eurozona del 9.12.2011, se decidió con la adopción de un «nuevo pacto de estabilidad». Se ha abierto así el camino para la aprobación de la reforma más relevante en este ámbito, constituida por el Tratado sobre el «Fiscal Compact», firmado con ocasión del Consejo Europeo de 1 y 2 de marzo de 2012 por todos los Estados de la Unión Europea, a excepción del Reino Unido y de la República Checa. El Fiscal Compact³³ –que entró en vigor el 1 de enero de 2013– es un Tratado de derecho internacional que forma parte del derecho originario de la Unión pero que resulta, sin embargo, estrechamente conectado con el ordenamiento europeo dado que representa, junto al Tratado MEDE, uno de los pilares sobre los que se rige el nuevo modelo de gobernanza. En lo específico, el Fiscal Compact, que reproduce parte de las reglas previstas en el «six pack», refuerza la estabilidad financiera de la Unión a través de una mayor coordinación de las políticas económicas y de estabilidad presupuestaria de los Estados miembros. Una de las reglas de mayor relieve contenidas en aquel consiste en la previsión de la estabilidad presupuestaria, que se considera alcanzado cuando el saldo estructural anual es igual al objetivo a medio plazo establecido para cada país en el PEC comentado anteriormente, con el límite inferior de un déficit estructural del 0,5% del PIB nominal (art. 3,1). A esta

32 Debe observarse que hasta el último bienio (2014-2015) la Comisión, tras haber identificado los Estados en riesgo de desequilibrio macroeconómico en el ámbito de los mecanismos de alerta y de los exámenes por países, presentaba los proyectos de recomendación específica por países, sin tener ningún procedimiento de control sobre el déficit excesivo de los Estados que registraban desequilibrios excesivos, entre ellos Italia.

33 Sobre el Fiscal Compact existe una basta literatura. *Cfr.*, entre todo, R. BARATTA, «Legal Issue of the Fiscal Compact-Searching for a mature democratic gobernanza of the euro», en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 647 ss.; G. BONVICINI, F. BRUGNOLI, *Il Fiscal Compact, Quaderni Iai*, Edizioni Nuova Cultura, 2012; L.S. ROSSI, «Fiscal Compact e Trattato sul meccanismo di stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE», en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 293 ss.; L. BESSELINK, «The Fiscal Compact and the European Consistutions: Europe Speaking German», en *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 1 ss. P. CRAIG, «Economic Gobernanza and the Euro Crisis», en M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (coords.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, pp. 19-40.

regla se conecta la que establece el respeto de los límites estructurales en la relación deuda pública/PIB, lo que requiere una reducción a medio plazo de 1/20 al año para la parte excedente cuanto tal relación supere el valor de referencia del 60% (art. 4); y finalmente, la regla que prevé un mecanismo de «corrección automática» en caso de incumplimiento de estos límites, que incluye la obligación de la parte interesada de adoptar las medidas para corregir la desviación en un determinado plazo (artículo 3,1,e). Para garantizar el respeto de estas disposiciones se prevé un procedimiento de control ante el Tribunal de Justicia, a quien corresponde verificar a instancia de parte y con la participación de la Comisión la actuación de las obligaciones previstas en materia de déficit y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria (art. 8).

La importancia de la llamada «golden rule» de la estabilidad presupuestaria reside en la previsión complementaria del Tratado que especifica que —en un año desde su entrada en vigor— las nuevas reglas presupuestarias deben producir efectos en el derecho nacional de los Estados firmantes mediante disposiciones permanentes y vinculantes, preferiblemente de naturaleza constitucional (art. 3,2). Esta previsión representa unos de los aspectos más innovadores, ya que por primera vez ha sido expresamente requerido a los Estados la transposición al derecho interno de una regla europea con una fuente de rango «preferiblemente» constitucional. Una preferencia, pero no una obligación, que ha conducido sólo a los estados golpeados más duramente por la crisis, como España e Italia, a dar cumplimiento al «Fiscal compact» mediante la revisión de las propias cartas constitucionales³⁴. La mayor parte de los países firmantes, sin embargo, han dado actuación a las disposiciones del Tratado a través de meras reformas legislativas parciales, de rango orgánico y ordinario, que han introducido reglas igualmente exigentes y vinculantes sobre la estabilidad de las cuentas públicas.

El «Fiscal Compact» contiene, además, otras disposiciones innovadoras que tratan de mejorar el funcionamiento de la gobernanza económico-financiera como, por ejemplo, las que prevén la celebración —al menos dos veces al año— de los «Eurosummit», encuentros informales de los jefes de Estado y de gobierno de la Eurozona euro, y del presidente de la Comisión, en las que pueden participar el Presidente del BCE, en los que se afrontan cuestiones vinculadas a la gobernanza y a la convergencia de las políticas económicas en la Eurozona.

Otro avance en el proceso de construcción de la gobernanza lo constituyen las reformas introducidas por el llamado «two pack», un paquete que comprende dos

34 Sobre estas reformas permítase el reenvío a L. FROSINA, «La costituzionalizzazione dei vincoli europei di bilancio», en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J. F. BARRILAO (Coords.), *op. cit.*, p. 489 ss.

reglamentos elaborados simultáneamente al «six pack», pero que a causa de algunas oposiciones políticas entraron en vigor el 31 de mayo de 2013³⁵. El «two pack» es una importante adición al «six pack», dado que completa el ciclo de las medidas previstas para la vigilancia económica y presupuestaria europea. Los dos reglamentos perfeccionan la coordinación de los procedimientos presupuestarios de la eurozona, previendo un régimen ordinario para la coordinación de los Estados que incurren en los parámetros del PEC, y un régimen especial de vigilancia económica y presupuestaria para los Estados con dificultades financieras, calibrando poderes e instrumentos de intervención de la Unión en base a las condiciones de estabilidad financiera de cada Estado. El reglamento n. 473/2013 delinea un procedimiento presupuestario común para todos los Estados de la zona euro, cuyo respeto exige que los Estados hagan públicos los documentos programáticos de preparación del presupuesto nacional a medio plazo en el marco del semestre europeo y someterse a una valoración preventiva de la Comisión, que verifica si se han respetado los límites impuestos por el PEC. El segundo Reglamento n. 472/2013 introduce normas en materia de vigilancia reforzada, asistencia financiera y vigilancia post-programa a aplicar por los Estados que se encuentran en riesgo o puedan encontrarse en graves dificultades financieras, reforzando los ya incisivos poderes asignados por el «six pack» a las instituciones europeas.

Las medidas descritas evidencian, por tanto, cómo tales reformas, más allá de imponer obligaciones financieras más rigurosas, construyen un sistema fundado sobre un mayor nivel de coordinación y responsabilidad entre los Estados miembros desde el momento de proyección de las políticas presupuestarias, así como una amplia gama de controles y sanciones destinadas a promover y asegurar el pleno respeto de los parámetros macroeconómicos europeos.

4. LA UNIÓN BANCARIA Y SUS RECIENTES PROGRESOS

La crisis económica y financiera no ha mostrado sólo la debilidad de la UEM, sino también la inadecuación del mercado europeo de servicios bancarios, amenazado en su funcionamiento por un creciente riesgo de insolvencia, fragmentación, y disparidad entre

35 El Reglamento n. 472/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro cuya estabilidad financiera experimenta o corre el riesgo de experimentar graves dificultades y el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n. 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro.

los Estados miembros. La incapacidad de los sistemas bancarios nacionales de afrontar la crisis, la conexión entre crisis financiera y deuda soberana, la dimensión supranacional de algunos problemas de los entes de crédito, han puesto en evidencia la necesidad de armonizar los reglamentos y mecanismos de vigilancia y los procesos de resolución y rescate de las instituciones bancarias, en toda la Unión Europea, y en particular, en la zona euro.

La definición de un sistema integrado del sector bancario representa, por tanto, otro importante componente de la estrategia de reforma de la gobernanza llevada a cabo por la UE tras la crisis financiera global, en cuyo ámbito se han realizado amplias intervenciones de reforma estructural que conducen a la creación de una verdadera Unión bancaria³⁶.

Las reformas normativas aprobadas por las instituciones europeas —a partir de 2012— se enmarcan en el ámbito más extenso de un proceso de reformas basado en el informe «Hacia una auténtica Unión económica y monetaria», presentada el 5 de diciembre de 2012, por el Presidente del Consejo Europeo, en colaboración con los presidentes de la Comisión, del Eurogrupo y del BCE³⁷. La realización de tales reformas ha dado vida rápidamente a la institucionalización de la Unión bancaria y a una supervisión bancaria única, que ha sido definida por Mario Draghi como «el paso más grande hacia una integración más profunda en la creación de la Unión económica y monetaria»³⁸.

La Unión bancaria se sostiene sobre tres pilares: el Mecanismo único de supervisión (MUS)³⁹; el Mecanismo único de resolución (MRU)⁴⁰, integrado

36 S. CASSESE, «La nuova architettura finanziaria europea», en *Giornale di Diritto amministrativo*, 2014, p. 79 ss.

37 Se trata del informe «Hacia una auténtica Unión económica y monetaria», que se funda en la realización de algunos objetivos fundamentales, como «un marco presupuestario integrado», «un marco integrado de política económica» y «un marco financiero integrado», y en el que se subraya la necesidad de romper la relación entre bancos y Estados que se identifica como una de las principales causas de la deuda soberana. En el Consejo Europeo del 18.19-10-2012 ya se prefigura la creación de una verdadera Unión bancaria.

38 S. ANTONIAZZI, «L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie», en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 359 ss.

39 Reglamento (UE) n. 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. Sobre el mismo se reenvía a F. CIRAULO, «Il Regolamento UE n. 1024/2013 sul meccanismo unico di vigilanza e l'unione bancaria europea», en *Amministrazione in Cammino*, 2014, www.amministrazioneincaminoluiss.it, pp. 1-37.

40 Reglamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2014 por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) no 1093/2010.

por el Fondo único de resolución; y el sistema de garantía de depósitos bancarios⁴¹.

El Mecanismo único de supervisión (MUS) es un mecanismo de vigilancia directa de las mayores entidades bancarias europeas de los Estados de la zona euro, o de otros estados que así lo soliciten, dirigido por el BCE⁴². El Mecanismo comenzó a ser operativo en noviembre de 2014, y se ocupa de vigilar a los bancos europeos clasificados como «significativos» conforme a parámetros definidos en el reglamento marco MUS⁴³, parámetros referidos a sus dimensiones, su relevancia económica, y al valor de las actividades de la banca, sobre todo en relación con el PIB del país⁴⁴. Los bancos que no encajan en esta clasificación continúan bajo la supervisión de las entidades de vigilancia nacionales, que deben actuar en estrecha colaboración y bajo la responsabilidad última del BCE. En el ámbito de este mecanismo, se atribuyen al BCE amplios poderes de supervisión, inspección y control relativos a la organización y funcionamiento de las entidades de crédito, y se acompañan de un sistema de sanciones administrativas para que garantizar su efectividad⁴⁵.

El Mecanismo Único de Resolución (MUR) tiene la finalidad de asegurar una gestión ordenada de eventuales quiebras en la Unión bancaria con costes mínimos para los contribuyentes y la economía real. El funcionamiento de tal mecanismo esencialmente fortalece el MUS al fundarse en una estrecha colaboración entre las autoridades nacionales y la autoridad central europea, la Junta única de resolución,

41 Directiva (UE) n. 49/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014.

42 En este sentido se reenvía a A. PIANESCHI, «Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati», en *Federalismi.it*, 17, 2014, p. 1-11; G. LO SCHIAVO, «The Single Supervisory Mechanism: Building New Top-Down Cooperative Supervisory Governanza in Euro», en F. FABBRINI, H. HIRSCH BALLIN, HAN SOMSEN (Coords.), *What form of Government for the European and the Eurozone?*, Union Oxford, Bloomsbury, 2015.

43 REGLAMENTO (UE) No 468/2014 del Banco Central Europeo de 16 de abril de 2014 por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS) (BCE/2014/17).

44 Sobre las cuestiones relacionadas con la discrecionalidad en la valoración de los parámetros ver O. CAPOLINO, L. DONATO, R. GRASSO, «Road map dell'unione bancaria», en G. BRACCHI, D. MASCIANDARO (Coords.), *Banche e ciclo economico. Stabilità redditiva e nuova vigilanza*, 2013, pp. 217-218.

45 En el ámbito del MUR el BCE tiene el poder de hacer valoraciones prudenciales, inspecciones *in loco* y averiguaciones, conceder y revocar licencias bancarias, evaluar la adquisición y la cesión de participaciones cualificadas de entes de crédito, asegurar la conformidad a la normativa de la Unión, fijar requisitos patrimoniales más elevados para evitar el riesgo de quiebra.

en quien recae la responsabilidad última de las operaciones. La decisión final relativa a la necesidad de iniciar el procedimiento de resolución sobre un banco con dificultades financieras corresponde a la Junta única de resolución⁴⁶, operativa desde el mes de enero de 2016, mientras las gestiones de las decisiones se atribuyen a las autoridades nacionales de resolución. La Junta decide conforme a los programas de resolución de los bancos y es responsable de todos los casos de resolución en los que se deba recurrir al Fondo único de resolución, independientemente de la dimensión de la entidad bancaria. El Fondo único de resolución, establecido mediante este mecanismo, se financia con las aportaciones de los bancos y debería alcanzar su nivel-objetivo en 2023⁴⁷. El Fondo concederá financiación complementaria a las instituciones en crisis –que no podrán cubrir más del 5% del pasivo– en casos de necesidad en que sea imposible hacer frente a los costes de una resolución.

El último pilar sobre el que se estructura la unión bancaria es el sistema común de garantía de depósitos que impone a los Estados el establecimiento de planes de pago de los depósitos garantizados (hasta 100.000 euros) financiados por la propia banca. Recientemente ha comenzado el proceso de establecimiento del fondo de garantía de depósitos europeo (FGDE), con la aprobación por la Comisión el 24 de noviembre de 2015 de un proyecto de reglamento del Parlamento y el Consejo n. 806/2014, que persigue el objetivo de crear un sistema común de aseguración de depósitos de los ciudadanos en la zona euro. El proceso de constitución del fondo se desarrollará en diversas fases a través de la progresiva transferencia de aportaciones de los bancos que se deducirán de los respectivos sistemas nacionales de garantía de depósitos, que permanecerán en vigor.

El nuevo sistema de integración bancaria que se ha descrito brevemente en sus puntos esenciales ha asignado un papel central e indiscutible al BCE, contribuyendo a reforzar aún más a esta institución. Este fenómeno ha supuesto algunos problemas de incompatibilidad con las competencias en materia monetaria de esta institución y con su necesaria naturaleza apolítica y neutral que la distingue.

46 La Junta única de resolución se compone de un *board* ejecutivo, integrado por un director y cuatro miembros permanentes, y por un pleno en el que participan también representantes de cada autoridad de resolución nacional de los Estados miembros, los observadores nombrados por el BCE y la Comisión. El *board* ejecutivo, nombrado por el BCE, en el ejercicio de sus competencias en materia de control, valora si adoptar o no el plan de resolución de un banco en riesgo de quiebra. La sesión plenaria adopta decisiones de carácter más general sobre el presupuesto y el reglamento.

47 La transferencia y la puesta en común de los fondos han sido definidas en el ámbito de un acuerdo intergubernamental firmado el 21 de mayo de 2014 entre 26 Estados miembros (todos salvo Suecia y Reino Unido).

Como se sabe, en los últimos años, el BCE ha hecho uso habitual de instrumentos de diversa índole, con o sin naturaleza convencional, con la finalidad incluso de rescatar a los Estados más golpeados por la crisis mediante medidas de apoyo a los títulos de deuda pública. La propia utilización de instrumentos «no convencionales» por parte del BCE ha supuesto una fuerte injerencia en las políticas económico-financieras de los Estados –en las que no es posible detenerse ahora⁴⁸– suscitando dudas sobre su legitimidad. Estas dudas han sido resueltas por el Tribunal de Justicia en su decisión *Gauweiler* de 16 de junio de 2015⁴⁹, pero han abierto un nuevo debate sobre la politización de la política monetaria y la transformación sustancial de las competencias del BCE.

Las reformas descritas sucintamente ponen en evidencia cómo la Unión bancaria ha dado un paso fundamental en el proceso de construcción de la gobernanza financiera europea y, más en general, en el proceso de integración supranacional, porque tiende a crear un sistema más integrado compuesto de aparatos nacionales y europeos muy innovadores⁵⁰.

5. EL INFORME DE LOS CINCO PRESIDENTES Y LAS PERSPECTIVAS DE DESARROLLO DE LA GOBERNANZA: ¿HACIA LA CULMINACIÓN DE LA UNIÓN ECONÓMICA Y MONETARIA?

Particular atención merece el análisis del informe «Completing Europe's Economic and Monetary Union», aprobado el 22 de junio de 2015 por los presidentes de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker, de las Cumbres del Euro, Donald Tusk, del Eurogrupo, Jeroen Dijsselbloem, del Banco Central Europeo, Mario Draghi, y del Parlamento Europeo, Martin Schulz. El Informe propone un complejo plan de profundización en la Unión económica y monetaria para los próximos diez años y representa el último de una serie de documentos aprobados en estos años para dar

48 Para una reconstrucción analítica de estas medidas se reenvía, entre otros, a A. VITERBO, «La politica di condizionalità della BCE: problematiche e prospettive», en O. PORCHIA (Dir.), *op. cit.*, p. 99 ss.

49 Se trata del asunto C-62/14, *Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*. El Tribunal constitucional federal alemán ha confirmado esta decisión al aceptarla como vinculante en la sentencia de 21 de junio de 2016 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 21. Juni 2016-2 BvR 2728/13-Rn. (1-220), http://www.bverfg.de/e/rs20160621_2bvr272813.html (visitada en julio de 2016).

50 Sobre la novedad de los instrumentos previstos en el marco de la Unión bancaria se reenvía, en particular, a las consideraciones de L. TORCHIA, «L'Unione bancaria europea: un approccio continentale?», en *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 11 ss.

un impulso definitivo a la gobernanza económica y financiera⁵¹. Las reformas que se proponen en este documento para construir una Unión económica y monetaria más estrecha e igualitaria, que representa por otro lado una de las diez prioridades indicadas por Juncker en sus orientaciones políticas, se refiere a los Estados de la zona euro, aunque también se abre a los demás estados de la UE que estén interesados en este proceso de profundización. Este se estructura en tres fases. La primera se denomina «profundizar haciendo», y se extiende desde el 1 de julio de 2015 al 30 de junio de 2017; se fija relanzar la competitividad de los Estados miembros y la convergencia de las políticas económicas y presupuestarias, sin aportar modificaciones a los Tratados pero haciendo valer de manera más eficaz los instrumentos previstos en ellos. La segunda fase, denominada «completar la UEM», aspira a intervenciones de mayor calado en el proceso de convergencia y a la creación de un Tesoro común para la zona euro. La fase final, que debería concluir en 2025, servirá para ejecutar las reformas programadas y aprobadas para la realización final de una auténtica UEM.

El programa de reestructuración de la gobernanza económico financiera, al que se dará actuación en las fases descritas, tratará de alcanzar los objetivos más o menos ambiciosos y parece prefigurar un cambio del modelo vigente, aunque más limitado respecto a las soluciones proyectadas en los últimos años tanto a nivel político como doctrinal⁵², que aspira a cumplirse principalmente a través de un proceso de renovación económica, política e institucional. El informe de los cinco presidentes aclara que se trata de avanzar hacia: 1) una unión económica de convergencia, crecimiento, empleo, en cuyo ámbito se pueda crear un sistema de competitividad de la zona euro; reforzar los procedimientos frente a los desequilibrios macroeconómicos, y promover el empleo y las políticas sociales en el marco de un semestre europeo renovado; 2) una Unión financiera más sólida, en la que se garantice la integridad de la moneda y la estabilidad financiera, también mediante la introducción de un sistema europeo de garantía de los depósitos y la finalización de la Unión bancaria;

51 El tema de la reforma de la gobernanza ha dado lugar a un amplio diálogo institucional y a la publicación de diversos documentos. Tras el informe «Realizar la Unión económica y monetaria» presentada el 5 de diciembre de 2012 por los cuatro presidentes (citada *supra*, nota 37), ha sido publicado por la Comisión el 30 de noviembre de 2012 el «Plan director para una Unión Económica y Monetaria profunda y auténtica». El debate ha sido reavivado con ocasión de la Cumbre del 24 de octubre de 2014, en la que se ha aprobado el 12 de febrero de 2015 la «nota analítica» del Presidente de la Comisión Juncker, en colaboración con los Presidentes del Consejo Europeo, del Eurogrupo y del BCE y presentada al Consejo Europeo informal de 12 de febrero de 2015.

52 En particular, en doctrina, se han realizado diversas propuestas de reforma fundadas en la revisión de los Tratados. Véase F. FABBRINI, H. HIRSCH BALLIN, HAN SOMSEN (Coords.), *op. cit.*

3) una Unión presupuestaria capaz de garantizar la sostenibilidad y la estabilidad presupuestaria, principalmente mediante la institucionalización de un Consejo Fiscal Consultivo Europeo, encargado de coordinar e integrar los Consejos fiscales nacionales; 4) una unión política en la que se refuercen los controles democráticos, la legitimidad y las instituciones, prevalentemente a través de una mayor implicación de los Parlamentos tanto nacionales como europeo; la revalorización del Eurogrupo; y la creación de un representante de la zona euro en las instituciones internacionales; 5) una unión económica y monetaria en la que se refuercen las dimensiones sociales a través de la mejora de los mercados de trabajo y los sistemas de seguridad social en todos los Estados miembros de la zona euro.

El 21 de octubre de 2015 la Comisión ha dado actuación a la primera fase del proceso de reforma de la UEM –iniciada formalmente el 1 de julio de 2015– mediante la aprobación de un paquete de medidas concretas que recalcan la hoja de ruta delineada en el informe⁵³. El paso siguiente se prevé para la primavera de 2017, cuando la Comisión, previa consulta a las demás instituciones europeas, presente el libro blanco para delinear las siguientes fases y completar la UEM.

El paquete de medidas aprobado hasta ahora se fija como objetivos, en particular: renovar el semestre europeo reforzando el diálogo democrático en su ámbito y concediendo mayor centralidad a los aspectos sociales y al empleo; mejorar los instrumentos de la gobernanza económica, partiendo de una revisión de las normas incluidas en el «six pack» y el «two pack» y tratando de establecer los consejos nacionales de competitividad y el Consejo Fiscal Europeo; y finalmente, crear un sistema europeo de garantía de depósitos y una representación unificada de la zona euro en las instituciones internacionales financieras. Por ahora se ha establecido por la Comisión, mediante la decisión adoptada en la misma fecha⁵⁴, el Consejo fiscal consultivo europeo, que se configura como un órgano independiente de naturaleza consultiva encargado de asesorar a la Comisión en materia de vigilancia multilateral de la zona euro. También se ha dado actuación a la creación del sistema europeo de garantías de depósito (EDIS), del que hablamos anteriormente, que ha sentado las bases para construir el tercer pilar de la Unión bancaria.

A la luz de lo que se ha dicho es posible observar que las reformas de la primera fase presentan un mayor grado de detalle tratando de relanzar la convergencia

53 Ver la comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Banca Central Europea sobre las fases para completar la Unión Económica y Monetaria (COM 2015/600).

54 Decisión del 21 de octubre de 2015, que establece un Consejo Consultivo Financiero independiente, C(2015) 8000.

económica y social de la UEM, sin renunciar a un proceso de democratización de sus contornos aun indefinidos. Las reformas contempladas en las demás fases, pese a ser ambiciosas en cuanto a sus objetivos sin embargo sufren de una mayor generalización en sus contenidos, al no describir en detalle las formas y los modos que permiten pasar a la siguiente fase para completar la UEM.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La última etapa de reformas impulsadas por el informe de los cinco presidentes parece colmar algunas de las principales lagunas evidenciadas por muchos economistas europeos que, tras el riesgo del Grexit, sustituido ahora por la amenaza consumada del Brexit⁵⁵, han subrayado la necesidad de llevar a término un programa articulado de reformas estructurales de la UEM, construyendo un presupuesto único de la eurozona, una política fiscal única, completando la unión bancaria y proyectando políticas comunes en sectores estratégicos para la competitividad europea.

Las reformas programadas –como se ha indicado– parecen tomar una dirección más definida y unas connotaciones (al menos teóricamente) más democráticas de la gobernanza económica y financiera, al prever un proceso de profundización y democratización indispensable para su ulterior evolución que aspira a superar algunas de las principales críticas sin, no obstante, resolver los problemas de fondo que han impedido en el pasado y aun impiden el cumplimiento del verdadero salto cualitativo hacia un modelo institucional más avanzado. Es cierto que el largo y complejo recorrido reformista descrito, además de garantizar el mantenimiento del sistema de la eurozona en su conjunto, ha conseguido progresos relevantes en términos de coordinación, convergencia de las políticas presupuestarias y económicas nacionales, así como avances significativos en la construcción de una Unión bancaria europea. Es por otro lado cierto que, también ha contribuido a construir un sistema con numerosos problemas democráticos, evidenciados de forma particular con la adopción del derecho internacional; por la rigurosa condicionalidad de la asistencia financiera, por el reforzamiento de instituciones que como el MEDE o el BCE actúan fuera del marco representativo institucional; por la marginación de los Parlamentos nacionales y el europeo; por la escasa atención prestada a la dimensión social de la UEM, recayendo un peso importante sobre los derechos de los ciudadanos europeos. Todos

55 El referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea se ha desarrollado el 23 de junio de 2016 (después de la publicación de este estudio). Sobre sus razones y posibles consecuencias se reenvía a G. CARVALE, «Whit them” o “of them” il dilemma di David Cameron», en *Federalismi.it*, n. 23, 2015.

estos elementos han tenido un impacto negativo sobre el déficit democrático de la UE. A ello se unen los problemas derivados de las asimetrías y la difícil cohabitación entre los Estados miembros de la eurozona y los demás estados miembros en una UEM siempre más integrada y renovada tras las últimas reformas⁵⁶. La brecha existente ha impulsado nuevas fórmulas de compromiso como resulta de la solución concerniente a la gobernanza económica determinada en el marco del acuerdo recientemente alcanzado para la permanencia del Reino Unido en la UE en el Consejo Europeo del 18-19 de febrero de 2016⁵⁷.

Las diversas implicaciones de la gobernanza económica europea han llevado a la doctrina a valoraciones profundamente divergentes de este fenómeno y su posible evolución, revelando sobre todo un escepticismo general y una profunda incertidumbre sobre sus resultados. Si, por un lado, se ha observado cómo este proceso ha puesto las bases para un futuro gobierno europeo de la economía⁵⁸, algo que puede ser interpretado como una fase propedéutica a la federalización de la UE, o al menos que este sea el destino de esta evolución⁵⁹. Por otro lado, se ha insistido en el carácter antidemocrático del proceso, habiéndose reforzado hasta ahora un sistema de relaciones intergubernamentales de escasa legitimación democrático-representativa que se arriesga a progresar sin cumplir con los indispensables avances democráticos⁶⁰. Respecto a los diversos escenarios, los objetivos enunciados en el informe de los

56 La reciente normativa europea sobre la Unión bancaria, por ejemplo, es aplicable sólo a los entes de crédito situados en Estados miembros cuya moneda es el euro o en estados miembros que han firmado un acuerdo de cooperación con el BCE en materia de vigilancia prudencial, conforme a las normas pertinentes de la UE.

57 El acuerdo alcanzado al finalizar las complejas negociaciones refuerza el estatus especial del Reino Unido en la UE, y satisface algunas de las principales reivindicaciones del Premier Cameron. El acuerdo atiende a cuatro ámbitos de interés mencionados en la carta enviada por éste, el 10 de noviembre de 2015, al Presidente del Consejo Europeo, Donald Tusk, sobre competitividad, gobernanza económica, soberanía, prestaciones en materia de seguridad social y libre circulación. El acuerdo sobre estos temas ha sido conseguido sobre la base de la propuesta del 2 de febrero de 2016 por Donald Tusk. Para un análisis de esta propuesta v. C. CURTI GIALDINO, «To be or not to be together. Il compromesso di Tusk per mantenere il Regno Unito nella UE: una prospettiva ragionevole per la Unione Europea», en *Federalismi.it*, n. 3/2016.

58 E. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia*, cit., passim.

59 Cfr., Por ejemplo, R. BIFULCO, «Il principio di pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania», en *Il Filangeri*, 2011, p. 252 p. 250.

60 Subraya el riesgo de esta evolución, entre otros, P. BILANCIA, «Il Governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea», en *Rivista AIC*, n. 3, 2014. De forma crítica sobre los efectos de las reformas anticrisis M. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 113 e ss.

cinco presidentes parecen favorecer un camino intermedio que no aclara cuál es la dirección definitiva que deba tomarse para completar la Unión económica y monetaria, pero que dejan más bien entrever sólo incertidumbre sobre dónde terminará esta nueva evolución.

Resumen

Este artículo analiza de manera descriptiva las últimas reformas realizadas en materia de gobernanza económica en la Unión Europea tras la crisis económica de la zona euro. Se exponen detalladamente tanto los mecanismos normativos como su contenido. Se pretende una reflexión sobre la naturaleza democrática de tales medidas o sobre el futuro de la integración europea desde la perspectiva de la Unión económica y monetaria.

Palabras clave: Zona euro, reformas, Banco Central Europeo, Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera, integración europea, Unión Económica y Monetaria

Abstract

This article describes recent reforms in the European Unión economic governance after the economic crisis of the euro zone. It analyzes both regulatory mechanisms and its contents in detail. The authors aims to reflect on the democratic nature of such measures and on the future of European integration through the economic and monetary union.

Keywords: Euro zone reforms, European Central Bank, MES, European integration, Economic and Monetary Union

Recibido: 10 de diciembre de 2015

Aceptado: 10 de enero de 2016

LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN POLÍTICA EN LA ESPIRAL DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA*

TOMMASO NICOLA POLI

Investigador doctor en Derecho Constitucional. Universidad de Bari

SUMARIO:

1. Orígenes y desarrollo de la «Constitución económica».
2. Del Tratado de Maastricht al Tratado de Lisboa: La primacía del mercado en la continuidad de la gobernanza económica de la Unión.
3. Racionalidad económica y continuidad institucional.
4. La desconstitucionalización del Derecho de la Unión.
5. Las medidas de coordinación débil de la gobernanza económica.
6. Las medidas de rescate de los Estados Miembros en dificultades.
7. Las medidas de coordinación y de vigilancia presupuestaria de los Estados Miembros.
8. Observaciones conclusivas.

1. ORÍGENES Y DESARROLLO DE LA «CONSTITUCIÓN ECONÓMICA»

Las Constituciones del Estado social y democrático de después de la II Guerra Mundial no han tratado de prescribir de manera rígida una específica dirección política en el ámbito económico, de manera que no se impidieran desarrollos y realizaciones variables en el ámbito del circuito representativo mediante la resolución del conflicto social. Con la intención de promover un proyecto de democracia empancipadora, en particular, la Constitución italiana de 1948, resultado del compromiso entre ideologías católica, marxista y liberal, ha conciliado las tendencias de desarrollo económico y de justicia social en el ámbito de un sistema económico mixto, resultante de la integración entre iniciativa económica privada e intervención de los poderes públicos, en el cual el individuo, tanto solo como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, se coloca en una dimensión de redención y de liberación mediante la consagración de los derechos sociales y la subordinación de los derechos económicos a objetivos de interés general¹. El original

* Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras

¹ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, en *Quad. cost.*, n. 1, 2007, pp. 11 ss., sostiene que la Constitución disfruta de un cierto margen de elasticidad y, como tal, está abierta a diferentes

diseño constitucional ha permitido a la política guiar la economía, con motivo de la coincidencia de espacios entre el mercado y el Estado-nación, mediante algunos instrumentos fundamentales de gobierno de la economía: el fisco, la moneda, la propiedad pública de bienes y de empresas para la gestión de bienes y servicios, los poderes de coerción frente a los privados. Mediante estas medidas, la acción de los poderes públicos en el ámbito monetario y económico se ha dirigido a la corrección de las eventuales disfunciones del mercado y de las relativas crisis de sobreproducción para preservar el sistema económico, conteniendo la demanda de consumo, en sintonía con la concepción deducible de la Constitución italiana, que, aun reconociendo la libertad de iniciativa económica y la propiedad privada en la Sección relativa a las relaciones económicas (arts. 35-47), eleva el trabajo a principio fundante de la República, como cauce principal para la participación del individuo en la vida económica, social y política del país (art. 3,2 CI) y para el concurso del progreso material y espiritual de la sociedad (art. 4 CI), en el intento complejo de reequilibrar los efectos distorsionantes del mercado mediante la redistribución de la riqueza².

Con la transformación del modo de producción y la financiación de la economía³, sin embargo, el modelo económico nacional ha manifestado los síntomas de la propia crisis. Ha llegado ineludiblemente el paso de los «mercados-dentro-del-Estado» («state embedded markets») del tardo capitalismo nacional» a los «Estados-dentro-del-mercado» («market embedded states»)». Se ha difundido el llamado

desarrollos y realizaciones por vía de las decisiones asumidas en el ámbito del circuito representativo. En respuesta a Bin, G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, n. 1, 2008, pp. 5 ss., considera que la Constitución ha incorporado la elección de una cierta dirección económica, esto es, un modelo social en una versión moderada. Sostiene la tesis de que la Constitución está dotada de una marcada flexibilidad en materia económica y que no ha cristalizado el conflicto político-social. L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, en *Consulta OnLine*, 2014, pp. 15 ss., y P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996. Entre las posibles evoluciones C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, il Mulino, Bologna, 1977, afirmaba la compatibilidad de una eventual socialización del sistema económico con la Constitución.

2 G.U. RESCIGNO, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, en *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2008, pp. 3 ss. Según C.P. GUARINI, *Note in tema di concorrenza e giustizia economica nel processo di integrazione europeo*, en F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 93, la Constitución italiana estaría informada por el principio de justicia distributiva.

3 G. BUCCI, *La sovranità popolare nella trappola delle reti multilevel*, en *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2008, pp. 8 ss.

4 A. MORRONE, *Teologia economica vs. Teologia politica. Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, en *Quad. cost.*, n. 4, 2012, p. 833. Véase también M.R. FERRARESE, *Le istituzioni*

«Finanzcapitalismo»⁵, es decir, el capitalismo financiero, que se distingue del viejo capitalismo industrial, y que consiste en la mera producción de dinero por medio del dinero, y no por medio de mercancías, para hacer frente a la ralentización de la economía real con el fin de maximizar los beneficios y de acumular egoísticamente el capital⁶. El Estado intervencionista, análogamente a lo acontecido en las crisis sistémicas de los órdenes económicos precedentes que han modificado, si no removido, las instituciones políticas preexistentes⁷, en una relación de causa-efecto conforme a las enseñanzas de Giuseppe Guarino⁸, manifiesta «el germen de una latente condición de crisis»⁹, que, remontándonos al final de los acuerdos de Bretton Woods, ha impuesto un nuevo orden económico mundial y ha generado nuevas instituciones supraestatales y regulaciones globales¹⁰.

Si es así, debiéndose adecuar el fenómeno jurídico al proceso incesante de evolución del sistema económico¹¹, la construcción del edificio comunitario ha sido impuesta por la liberalización de los movimientos de capital sobre los mercados europeos e internacionales, por la transformación de los mecanismos de producción y por la creación del fenómeno financiero¹². La definición de mercado único europeo,

della globalizzazione, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 73 ss., según el cual «la globalización, disolviendo el nexo entre mercados y Estados, convierte a los mercados en directores, aunque no de manera exclusiva, de sus propios estatutos jurídicos».

5 La expresión es de L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011.

6 L. PATRUNO, *La «teologia economica» dell'Europa e il «banco da macellaio» (Schlachtbank) della Storia*, en *Costituzionalismo.it*, p. 2.

7 G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*, espec. p. 29. El autor manifiesta que «cada forma de poder nace cuando la economía lo consiente y muere cuando la economía no la necesita más».

8 G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, ESI, Napoli, 2014, p. 9.

9 G. DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la Costituzione economica della crisi globale*, en G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 94.

10 G. DI PLINIO, *Nuove mappe del caos*, cit., p. 98. En sentido contrario se expresa N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 58, que afirma que «la economía de mercado es resultado, ella misma, de decisiones políticas, de la victoria de algunos partidos e ideologías y del sucumbir de otros».

11 Según la enseñanza de M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, p. 41, «el derecho está en la historia» en cuanto que «no existe un derecho sin tiempo y sin espacio, válido en cualquier lugar y siempre, [...] un derecho ahistórico, esto es, una criatura imposible».

12 G. DI PLINIO, *I modelli di Maastricht e la Costituzione monetaria e finanziaria britannica*, en A. TORRE, L. VOLPE (a cura di), *La Costituzione britannica-The British Constitution. Atti del convegno*

fundado sobre los cuatro axiomas de la libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales, sobre el principio de libre competencia y sobre la prohibición de intervención en el ámbito económico por el poder público, no es otra cosa que la formalización de estos fenómenos objetivos. Tan es así que el proceso de integración europea parece haber seguido los vientos del nuevo sistema de financiación de la economía, que prefiere las teorías liberales de inspiración alemana¹³, dirigidas a la tutela y conservación del orden propietario así como al rechazo de una intervención de los poderes públicos que pueda condicionar el funcionamiento del mercado como una función de la emancipación de la persona humana, minando la juridicidad de la Constitución y los límites, por ella fijados, al libre ejercicio de la autonomía privada¹⁴. Por otra parte, con la apertura de los mercados internacionales, la deuda del Estado deja de ser una deuda eminentemente interna, que se resuelve en un mero juego de cambio de recursos entre los ciudadanos que se benefician del intervencionismo público y los ciudadanos que lo financian en el ámbito de todos los recursos nacionales¹⁵. La deuda del Estado acaba por ser un condicionante efectivo de gran magnitud dado que de ella se derivan, además del elevado coste de los

dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Bari, 29-30 maggio 2003, Vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 989 ss. En contra, A. CANTARO, *Crisi costituzionale europea e diritto della crisi*, en *Diritti fondamentali*, 29.05.2012, p. 2, sostiene, sin embargo, que «el déficit de soberanía política no es imputable al «destino cínico y tramposo» que ha querido que viviésemos en el tiempo de la globalización. Es un déficit constitucionalmente codificado en el *orden de Maastricht*. La crisis de la deuda soberana tan solo lo ha puesto de manera clamorosa al descubierto».

13 Sobre los orígenes de la «economía social de mercado» se remite a A. SOMMA, *La Germania e l'economia sociale di mercato*, en *Quad. Bibl. Lib.*, n. 1, 2014, pp. 7 ss.

14 L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e Costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli, 2007, *passim*, demuestra que el ejercicio de las libertades en el espacio económico aterritorial no encuentra límites en la Constitución, la cual, en cambio, «limitando el poder aspira a su difusión entre todos de manera igual» (p. 159). Observa S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, en *Astrid Rassegna*, n. 5, 2015, p. 8, que el proceso de condicionamiento financiero de las políticas públicas, que ha provocado la crisis del Estado social, no representa sólo el fallo de un modelo político de la economía que ha consentido la composición del equilibrio social en régimen capitalista, sino que representa también «el empañamiento (si no casi su tendencial descomposición)» de los inderogables principios constitucionales.

15 G. GUARINO, *Eurosistema*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 99, percibe la transformación de la deuda pública con la apertura de los mercados internacionales. El autor considera que, hasta entonces, la deuda pública no había tenido sino una función favorable para el desarrollo tanto del Estado como de los ciudadanos.

mismos préstamos recibidos, limitaciones concretas al poder de gasto de los poderes públicos y, correlativamente, reducciones en los pagos a aquellos que prestan al Estado bienes y servicios para el ejercicio de sus funciones¹⁶.

En este modelo el individuo viene despojado de su autónoma dimensión social y se recoloca exclusivamente en el mercado, consagrando el principio de la economía social de mercado en nombre del cual la inclusión social debe llegar por medio de la sola inclusión en el mercado, basada en la libre acción de las fuerzas de los agentes del mercado, mediante «la reducción del orden político al orden económico»¹⁷ y la metamorfosis de la posición del individuo a la de consumidor¹⁸. Por un lado, la pérdida de la primacía de la política sobre la economía¹⁹ ha determinado el progresivo vaciamiento de la función del Parlamento a causa de la eliminación de los espacios en los que dirimir el conflicto social para la realización de la democracia económi-

16 M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, en *Astrid Rassegna*, n. 3, 2013, pp. 12-15. Cfr. también E. REVIGLIO, *Il nuovo governo costituzionale dell'economia*, en *Astrid online*, n. 19, 2009, p. 3, el cual indica, más allá del sistema rígidamente cerrado a los confines nacionales, otros cuatro «pilares» que caracterizan la economía mixta del primer período constitucional: la empresa pública, el Estado social, el sistema político y la deuda pública.

17 A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, Derive Approdi, Roma, 2014, pp. 20-21, 37, 96 *ma passim*. Sobre la concepción neoliberal de la economía social de mercado y sobre la adopción de tal orden económico primero en la Ley fundamental y después en el proceso de integración europea se renvía al mismo autor (pp. 174 ss.). Han profundizado las tendencias liberales de la «Constitución económica» en el ordenamiento europeo R. MICCÙ, *Economia e Costituzione: una lettura della giuspubblicistica tedesca*, en *Quad. plur.*, n. 1, 1996, pp. 95 ss.; F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 171 ss.

18 Reconstruye el estatus de ciudadano europeo en la dimensión de productor o de consumidor, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 18.

19 Sobre la tensión entre derecho y economía v. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 9, que considera que «los cambios económicos, para un íntimo desarrollo y para la búsqueda inagotable de ganancias, no conocen los vínculos de la territorialidad. [...] (La) economía palpita de impaciencia, mira más allá de las fronteras, abole la distinción entre ciudadanos y extranjeros. A la cerrada territorialidad de los Estados ella opone la abierta espacialidad; a las luchas de los partidos políticos, la neutralidad del dinero y del ahorro; a la exclusividad de los solos ordenamientos jurídicos, la inclusividad de cualquier regulación ventajosa». Cfr. también P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, en *Foro it.*, V, 2002, p. 156, el cual afirma que «(l)a praxis económica se hace productora del derecho: la nueva economía y las nuevas sorprendentes técnicas exigen herramientas jurídicas nuevas ilocalizables en el surco de la milenaria tradición romanística [...]. Existen experiencias jurídicas nuevas y se «inventan» instrumentos jurídicos nuevos aptos para ordenar la nueva circulación global».

ca²⁰; del otro, el modelo social nacional ha sufrido un deterioro progresivo en el llamado modelo social europeo, reconvertido en un mecanismo de solidaridad competitiva en el que el funcionamiento y la promoción de la competencia del mercado producirían sistemáticamente, pero siempre de manera indirecta, bienestar y prosperidad²¹. Los poderes públicos, por tanto, estarían relegados a un ámbito mínimo: no desarrollarían un papel activo en la remoción de la desigualdad para promover la igualdad sustancial, obligación consagrada en las Constituciones democrático-sociales de la posguerra, pero, sobretudo, una función de policía económica para evitar los fallos del mercado mediante la regulación de la competencia²².

2. DEL TRATADO DE MAASTRICHT AL TRATADO DE LISBOA: LA PRIMACÍA DEL MERCADO EN LA CONTINUIDAD DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA DE LA UNIÓN

El proceso de edificación y consolidación de la Unión se caracteriza, aunque atenderíamos solamente a los puros datos formales, desde sus primeras etapas, por una cierta mezcla de «maximalismo jurídico» y «minimalismo político»²³, es decir, por la circunstancia de que la «siempre más estrecha integración normativa de los

20 Cfr. G. FERRARA, *Forma di governo e forma di Stato nella crisi attuale della democrazia*, en *Studi in onore di Claudio Rossano*, Vol. II, Jovene, Napoli, pp. 968 ss.

21 W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, en *Stato e mercato*, n. 58, 2000, pp. 3 ss.

22 Las observaciones de G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, en *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2013, p. 1, son emblemáticas del fenómeno de deconstrucción del paradigma social de las Constituciones democrático-sociales, individualizada en la «contrarrevolución capitalista» culpable de «liquidar sus conquistas, revocar sus principios, disolver sus sujetos histórico-políticos que lo habían proyectado y que lo sostenían. Ha compactado su acción disolvente sustituyendo a las políticas keynesianas el neoliberalismo, a la ética de la solidaridad y de la igualdad aquella del individualismo propietario, de la competencia destructiva y de la competición homicida, al pluralismo ideal y político el absolutismo del pensamiento único, a la representación política inclusiva aquella selectiva de las solas demandas compatibles con la economía del turbo-capitalismo, a la primacía de los Parlamentos la mística de la gobernabilidad». Al respecto, Cfr. M.A. GARCIA HERRERA, G. MAESTRO BUELGA, *Crisis sistémica e incongruencia de la constitución económica europea*, en *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2009, espec. pp. 6 ss.

23 A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory nei rapporti tra l'Europa, gli Stati membri e i livelli di governo sub-statale*, Ponencia al congreso «Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale», CNR, Roma, 29-30 octubre 2014, p. 1.

ordenamientos que componen el espacio europeo» ha recibido «como contrapunto una débil integración política e institucional»²⁴. Desde el principio, la evolución de la integración política europea ha estado mediatizada por la «integración a través del Derecho»²⁵, pero la concepción económica del ordenamiento europeo²⁶, especialmente a nivel macroeconómico con el paso a la Unión Económica y Monetaria (UEM), ha roto el equilibrio entre Derecho y política en la construcción europea²⁷. La tutela del mercado de la competencia –primero con el Tratado de Maastricht mediante la previsión de la «economía de mercado abierta y de libre competencia» (ex art. 3A TUE) y, después, con el Tratado de Lisboa mediante la consagración de la «economía social de mercado altamente competitiva» (art. 3 TUE)– se convierte en el principio guía del proceso de integración europea, subordinado sólo al objetivo principal de mantener la estabilidad de los precios. Los Estados-nación deben dirigir sus propias competencias en materia económica de acuerdo con este fin. El Derecho primario de la Unión formaliza esta subordinación de las políticas económicas estatales y de coordinación de la Unión al funcionamiento y a la conservación de la competencia en el mercado. El art. 3 par. 3 TUE aclara que los objetivos sociales del pleno empleo, del progreso social, del alcance de un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente constituyen el desarrollo indirecto del «desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva». El art. 119 TFUE, más claramente, dirige la acción de los Estados miembros y de la Unión «de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia». Los mismos objetivos se reiteran en el art. 151 TFUE, dedicado a la Política social, en la presunción de que «esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armoni-

24 A. CANTARO, *Il superamento della Multilevel Theory*, cit., p. 1.

25 M. STOLLEIS, *Europa, comunità di diritto*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2012, pp. 293 ss.

26 G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, en *Riv. dir. eur.*, n. 1, 1989, p. 7, ha definido la estructura originaria del proceso de integración europea caracterizada por una cierta «frigidéz social».

27 Así se expresan C. JOERGES, S. GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, en *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3, 2013, pp. 345-348. Al respecto, Cfr: R. MICCÒ, *Economic Governance in a Constitution for Europe*, en I. PERNICE, M. POIARES MADURO (eds.), *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of The European Convention*, Baden-Baden, Nomos, 2004, pp. 127 ss.; ID., *Proteggere la democrazia. Rinnovare il contratto sociale europeo*, en *Federalismi.it*, n. 3, 2014, en part. p. 4.

zación de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas» (par. 3), mientras que el art. 120 TFUE, en tema de Política económica, condiciona la acción de los Estados miembros y de la Unión al respeto de los «principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia».

Además, el Derecho primario de la Unión ha despojado de la política monetaria a los Estados miembros que comparten el euro, llevándose al Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC), dirigido por el Banco Central Europeo (BCE), la competencia en materia monetaria. Esta cesión de soberanía monetaria por los Estados miembros a la Unión ha resultado instrumental para la creación y conservación del fundamentalismo del mercado. Se trata de bloquear, por esa vía, las eventuales injerencias en el funcionamiento del mercado por parte de los poderes públicos estatales, privándoles de la capacidad de inyectar o de retirar cantidades de liquidez monetaria en el circuito económico y de definir los tipos de interés para prevenir la inflación. La atribución de la política monetaria al SEBC, por otro lado, se ha vinculado rígidamente a la persecución en exclusiva del «objetivo principal» del mantenimiento «de la estabilidad de los precios» (art. 127 TFUE, ex art. 105 TCE, y art. 282 TFUE) de modo que «[en] el ejercicio de su poder el BCE no dispone sin embargo de discrecionalidad política»²⁸ y se coloca, junto a los Bancos centrales nacionales, en una posición de absoluta autonomía e independencia, no pudiendo recibir ninguna solicitud o aceptar instrucciones ni, mucho menos, dejarse influir por las instituciones, por los órganos u organismos de la Unión, por los gobiernos de los Estados miembros ni por cualquier otro organismo. Esta solución, por tanto, no ha producido sólo una divergencia entre la política monetaria y la política económica, respectivamente operadas a nivel supranacional y nacional, privando a la política monetaria de la capacidad de servir de instrumento para la persecución de objetivos de naturaleza económica, sino que sobre todo ha forjado un SEBC despojado de potestades de naturaleza discrecional y plegado a la mera observancia de reglas fijas (art. 130 TFUE y art. 7 Estatuto del SEBC y del BCE)²⁹. Esta relación de subalternidad de las políticas económicas al objetivo principal de la estabilidad de los precios, por otro lado, se repite, casi obsesivamente, con disposiciones literalmente idénticas, tanto en el segundo inciso del art. 127 par. 1 TFUE como en el art. 282 par. 2 TFUE, incluso en el art 2 del Estatuto del SEBC y del BCE, en los que se precisa que el SEBC pueda contribuir a las políticas económicas generales

28 G. GUARINO, *Eurosistema*, cit., p. 38.

29 Op. cit. p. 59.

de la Unión «*sin perjuicio de este objetivo de la estabilidad de precios*»³⁰, así como en el art. 119 par. 2 TFUE (ex art. 4 TCE) donde se dirige la acción de los Estados miembros y de la Unión al «*objetivo primordial de mantener la estabilidad de precios y sin perjuicio de dicho objetivo*»³¹, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia»³².

La sacralización del objetivo de la estabilidad de precios se ha acompañado, por un lado, por la previsión de un «gobierno débil»³³ de la economía de la Unión y, por otro, por la intensificación del momento de control de las políticas fiscales de los Estados miembros, que constituye el «núcleo del constitucionalismo económico de la Unión»³⁴. En materia de política económica y de empleo a la Unión se le ha confiado sólo un mero papel de coordinación de las políticas nacionales, mientras que la capacidad potencial de los Estados miembros de la Unión de incidir en la economía mediante impuestos se ha ido progresivamente reduciendo mediante el denominado control fuerte³⁵, que tendría el demérito de eliminar los espacios residuales para la integración positiva de la Unión. Las disposiciones de los Tratados, de hecho, dirigen la acción de los Estados miembros y de la Unión hacia el principio de «finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas [así como de una] balanza de pagos estable» (art. 119 par. 3 TFUE, ex art. 4 TCE) y hacia los principios de la «buena gestión financiera» (art. 317 par. 1 TFUE, ex art. 274 TCE). La obligación de evitar déficits públicos excesivos (art. 126 TFUE, ex art. 104 TCE) fue, por lo menos en sus inicios, meramente tendencial, sin que fuera acompañado por la previsión de restricciones autoejecutables para los Estados miembros, a los que, entre otras cosas, se les reconoció la posibilidad de recurrir al endeudamiento de hasta un 3% en su relación con el déficit público anual y el PIB y de un 60% en su relación con la deuda pública y el PIB³⁶.

Con la firma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, compuesto de una resolución del Consejo europeo de 17 de junio de 1997 y de dos reglamentos, el n.

30 Cursivas mías.

31 Cursivas mías.

32 Cfr. O. ROSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, en ID. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, ESI, Napoli, 2004, pp. 11 ss., en part. pp. 37 ss.

33 G. MAESTRO BUELGA, *La crisis monetaria y financiera de la Unión europea*, en S. MANGIAMELI (ed.), *The european crisis*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 23 ss.

34 Op. cit. p. 32.

35 Op. cit. pp. 37 ss.

36 Cfr. G. RIVOSACCHI, *L'indirizzo finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova, 2007, pp. 361-370.

1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, y el n. 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, se ha reforzado sin embargo el seguimiento de los presupuestos estatales, con la intención de facilitar y acelerar la convergencia de las finanzas públicas, previendo el objetivo, más restringente, para los países participantes en la Zona Euro respecto al establecido en la letra de los Tratados, de perseguir «a medio plazo en términos de situación presupuestaria próxima al equilibrio o con superávit y la trayectoria de ajuste para alcanzar este objetivo» (art. 3 par. 2 a) del R. 1466/97)³⁷. La activación del procedimiento por déficit excesivo, con la eventual imposición de sanciones, no se vinculó a la violación del principio de equilibrio presupuestario de los Estados miembros, permaneciendo aún vinculada a las previsiones de los Tratados, que, por otra parte, tuvo una aplicación diferente y desagradable: «la de comportarse de manera fuerte con los débiles y débil con los fuertes»³⁸. No se le dotó de carácter jurisdiccional, permaneciendo con una naturaleza estrictamente política, encomendada al Consejo, órgano intergubernativo, como demuestra la posición asumida por el Tribunal de Justicia de la Unión, que ha reconocido el carácter discrecional en la activación del procedimiento por déficit, en los casos de los déficits excesivos de Alemania y Francia³⁹. A pesar de ello, el R. 1466/97 habría difundido, entre los países de la Unión, una cierta cultura de la estabilidad, indicando un parámetro funcional para la consecución de un proceso de convergencia de las finanzas públicas e incluso ha estado definido, quizá con razón, como culpable de haber efectuado un «golpe de Estado»⁴⁰ por haber eliminado «el único espacio de actividad política sujeta a la influencia de los ciudadanos de los Estados miembros»⁴¹.

37 Sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento se reenvía a G. DELLA CANANEA, *Il Patto di stabilità e le finanze pubbliche nazionali*, en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, n. 4, 2001, pp. 559 ss. Cfr. G. RIVOSECCHI, *L'indirizzo finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, cit., pp. 370 ss.

38 G. RIVOSECCHI, *El gobierno económico en la Unión europea*, en *ReDCE*, n. 8, 2007, p. 146.

39 Se trata de la decisión del TJUE, *Comisión c. Consejo*, causa C-27/04, de 13 de julio de 2004. En esta circunstancia el TJUE se ha pronunciado sobre el recurso presentado por la Comisión para la anulación de las decisiones de 25 de noviembre de 2003 del Consejo de no adoptar para Francia y Alemania las medidas preventivas formales recomendadas por la Comisión conforme al art. 104 TCE par. 8 y 9 (ahora art. 126 TFUE). Sobre esta decisión R. PÉREZ, *Corte di giustizia europea e regole fiscali dell'Unione*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2004, pp. 1073 ss.; L. CASSETTI, *La Corte di giustizia invoca il rispetto delle regole procedurali sui disavanzi pubblici eccessivi*, en *Federalismi.it*, n. 15, 2004.

40 G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, cit., p. 33.

41 Op. cit. p. 51.

El marco institucional de la estructura de la Unión se completa, por último, con las disposiciones de los arts. 123 y 125 TFUE. El art. 123 TFUE (ex art. 101 TCE) limita la capacidad del BCE y de los Bancos centrales nacionales para conceder autorizaciones de descubiertos o de cualquier otro tipo de créditos en favor de las autoridades y de los organismos de Derecho público de la Unión y de los Estados miembros, así como la adquisición directa a estos últimos de instrumentos de su deuda. Esta disposición «trata de incitar a los Estados miembros a respetar una sana política presupuestaria, evitando que un financiamiento monetario del déficit público o un acceso privilegiado de las autoridades públicas a los mercados financieros conduzca a un endeudamiento excesivo o a déficits excesivos de los Estados miembros»⁴². Sin embargo, el art. 125 TFUE (ex art. 103 TCE), según el cual la Unión u otro Estado miembro no asumirá ni responderá de los compromisos de los Estados miembros, «garantiza que los Estados miembros queden sujetos a la lógica del mercado cuando contraigan deudas, la cual debe empujarlos a mantener una disciplina presupuestaria. El respeto a una disciplina semejante contribuye, a nivel de la Unión, a la realización de un objetivo superior, como es el mantenimiento de la estabilidad financiera de la Unión monetaria»⁴³. Se trata de evitar, de este modo, que uno de los Estados miembros se confíe en la intervención de la Unión o de los otros Estados miembros en el caso en que se encuentren en una situación de insolvencia.

A pesar de la rigidez de esta regulación, el Tribunal de Justicia ha ofrecido una interpretación elástica de estas dos disposiciones. Ha admitido, pese al tenor literal del art. 123 TFUE, la licitud de la compra por parte del SEBC de títulos públicos negociados en mercados secundarios siempre y cuando no tengan un efecto equivalente a la compra directa de títulos públicos negociados en los mercados primarios⁴⁴, estén provistos de una serie de garantías que alienten a los Estados miembros a mantener una sana política presupuestaria⁴⁵ y estén orientados a preservar el mecanismo de transmisión de la política monetaria⁴⁶. El art. 125 TFUE, por su parte, no habría vetado totalmente la concesión de cualquier forma de asistencia financiera siempre que esta forma de asistencia no tenga «el efecto de perjudicar el estímulo del Estado miembro beneficiario de tal asistencia a llevar una política presupuestaria

42 TJUE, PETER GAUWEILER *y a.*/DEUTSCHER BUNDESTAG, C-62/14, 16 de junio de 2015, par. 100.

43 TJUE, *Pringle c. Government of Ireland*, C-370/12, sentencia de 27 de noviembre de 2012, par. 135.

44 TJUE, PETER GAUWEILER *y a.*/DEUTSCHER BUNDESTAG, cit., par. 105.

45 Op. cit. par. 102.

46 Op. cit. par. 111.

virtuosa»⁴⁷ ni tampoco prohíba «la concesión de una asistencia financiera por parte de uno o más Estados miembros a un Estado miembro que sigue siendo responsable de sus obligaciones frente a sus acreedores y siempre que las condiciones fijadas a esa asistencia sean de tal modo que lo estimulen a la realización de una política presupuestaria virtuosa»⁴⁸.

3. RACIONALIDAD ECONÓMICA Y CONTINUIDAD INSTITUCIONAL

Las medidas de gobernanza económica adoptadas para afrontar la crisis económico-financiera han confirmado la dirección escogida desde el proceso de integración europea. Por una parte, ponen de relieve un aumento de la interacción hacia una mayor y más estrecha integración⁴⁹; por otra parte, evidencian el error de no aprovechar el momento como una ocasión para profundizar en la integración política. El Derecho de la crisis se coloca, de facto, como una continuidad de Maastricht (1992), confirmado posteriormente tanto en el fallido Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, redactado en el 2003 y definitivamente abandonado⁵⁰ en el 2007, como en el depurado⁵¹ Tratado de Lisboa, redactado en 2007 y ratificado en 2009. El marco normativo del ordenamiento de la Unión, tras su modificación por el Tratado de Lisboa, aunque no haya evolucionado en su conjunto, parece caracterizarse como «verdad indiscutible»⁵². Con el convencimiento de que

47 TJUE, *Pringle c. Government of Ireland*, cit., par. 136.

48 Op. cit. par. 137.

49 Para P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona i «riflessi» sugli ordinamenti nazionali*, en *Federalismi.it*, n. 23, 2012, p. 1, la crisis es «motor de una fuerte integración».

50 F. GABRIELE, *Europa: la Costituzione «abbandonata»*, Cacucci, Bari, 2008.

51 F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, en A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, cit., pp. 13 ss., sostiene que la ocultación de la dimensión constitucional de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa ha procedido paralelamente al rechazo de la estatalidad sobre la base de la errónea convicción de que el derecho constitucional tiene una capacidad performativa de la estatalidad. En realidad, según el autor, la Unión presenta ya caracteres típicos de estatalidad que le vienen de la atribución, por parte de los Estados miembros, de funciones típicamente estatales. *Cfr.*, también, P. LOGROSCINO, *L'integrazione europea tra gradualismo e dissimulazione costituzionale*, en *Studi in onore di V. Starace*, Vol. III, Sezione IV Miscellanea, 2008, p. 1956, el cual observa que la eliminación del léxico y de los símbolos constitucionales no es suficiente para producir un cambio de la naturaleza del Tratado.

52 M. BENVENUTI, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea: uno sguardo d'insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e decostitucionalizzazione del diritto sovranazio-*

un determinado modelo económico constituye la única alternativa racional posible para reactivar y resistir la crisis económica-financiera se han aplicado «como verdades absolutas e inevitables los postulados del modelo económico vigente y también de una determinada política económica»⁵³ con el resultado –como destaca Francisco Balaguer Callejón– de que el «discurso económico está conduciendo a una situación de stand by del Derecho constitucional en muchos países europeos, con constituciones normativas que están en suspenso en aspectos fundamentales tanto para aquello que se refiere a los procesos democráticos como para aquello que golpea la dimensión social»⁵⁴.

Los vínculos económicos, previstos por las medidas para afrontar la crisis económico-financiera, han acabado por determinar las limitaciones del pluralismo, despolitizando la elección democrática, y han incrementado ese gradual y progresivo, casi irreversible, proceso de deslegitimación asimétrico del poder político en favor de organismos técnicos y neutrales que no son capaces de llevar a cabo la tarea principal del Derecho constitucional: aquel que, por un lado, reconoce el pluralismo y, por otro, alcanza acuerdos a través de procedimientos y principios que son funcionales para la resolución del conflicto social⁵⁵. Especialmente tras la crisis económica, el déficit democrático de la Unión, causado por la impostación originaria del modelo de integración que impide la función de integración y de resolución del conflicto social, se propaga al ámbito nacional: los gobiernos de los Estados miembros eluden o, mejor, puentean el circuito de la responsabilidad política parlamentaria, asumiendo, en ámbito supranacional, decisiones directamente aplicables o, de todos modos, asumidas automáticamente por el ordenamiento interno en nombre de un presunto interés nacional⁵⁶.

nale, en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (EDS.), *The impact of the economic crisis on the EU institutions and Member States / El impacto de la crisis económica en las instituciones de la UE y los Estados Miembros*, Thomson Reuter Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 73.

53 F. BALAGUER CALLEJÓN, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, de próxima publicación en *Scritti in onore del Prof. Francesco Gabriele*.

54 F. BALAGUER CALLEJÓN, *La dimensione costituzionale dello Stato sociale di Diritto*, cit.

55 Según F. BALAGUER CALLEJÓN, *La crisi costituzionale in Europa*, en S. MANGIAMELI (a cura di), *The european crisis*, cit., p. 9, son las dos condiciones necesarias para que pueda hablarse de derecho constitucional.

56 Cfr. F. GABRIELE, *Processi di decisione multilivello e governo dell'economia: alla ricerca della sovranità economica*, en F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, cit., p. 14. En referencia a la crisis económico-financiera F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il modello*

El Derecho, a su vez, se convierte en instrumento de una cierta racionalidad económica: «el discurso jurídico queda totalmente englobado por un discurso económico del cual no posee y no domina las líneas de confrontación»⁵⁷. Las medidas de ayuda financiera para los países miembros de la Unión con dificultades y las medidas de coordinación y de vigilancia de los presupuestos estatales parecen fijar «teoremas» en cuyo nombre se pueden resolver los problemas derivados de la crisis. Consigue la formalización de parámetros numéricos, causa de la misma enfermedad que tratan de curar, casi con una función palingénésica del entero ordenamiento, convirtiéndose tanto en un mantra que debe observarse, so pena de una rebaja por parte de las agencias de rating, que deben evaluar la solidez y solvencia de los presupuestos de los Estados, o el aumento del diferencial de los tipos de interés de los títulos de deuda, ejerciendo en el conjunto una influencia decisiva en las dinámicas del mercado y en las relaciones interestatales y globales.

Básicamente, se ha mantenido igual la misma ideología originaria que había plasmado el proceso de integración europea en su inicio, donde el enfoque económico «se ha dirigido, muchas veces, hacia un ideologismo economicista (que está hecho de otro material, menos noble) de tipo cuantitativo, neoclásico, monetarista. Una influencia que se ha mantenido estable, a pesar de los fallos experimentados por las políticas basadas en este enfoque teórico»⁵⁸, aunque muchos destacados economistas, entre ellos cinco premios Nobel⁵⁹, se hayan pronunciado en contra de algunas soluciones propuestas para afrontar la crisis, como, por ejemplo, la enmienda de la Constitución americana para prever el equilibrio presupuestario, basando su posición en la convicción de la necesidad de una expansión del gasto

europo di integrazione e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali, ponencia al congreso «Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello», Roma, *Camera dei deputati*, 12-13 de octubre de 2015, en <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/>, en part. p. 13, precisa que «el conflicto político no se resuelve a través de instrumentos democráticos, como sucedía antes de la integración supranacional, pero se transforma en un conflicto entre interés nacional y Europa, permeando en el plano interno e con ello debilitando la democracia pluralista y la función del Parlamento como órgano de expresión y debate entre opciones políticas diversas y contrapuestas».

57 P. DE IOANNA, *Categorie economiche e vincoli giuridici: un medium cognitivo di difficile composizione*, en *Dem. dir.*, n. 1, 2015, p. 71.

58 S. STAIANO, *Diritti e confine nell'Europa della crisi*, en *Federalismi.it*, n. 22, 2015, pp. 2-3.

59 Se trata de los economistas Kennet Arrow (premio Nobel 1972), Peter Diamond (premio Nobel 2010), William Sharpe (premio Nobel 1990), Eric Maskin (premio Nobel 2007), Robert Solow (premio Nobel 1987).

público en las situaciones de crisis (y no de su reducción)⁶⁰. Se adoptan, de hecho, nuevos instrumentos de gobernanza económica que no tienen como objetivo «transformar sino consolidar»⁶¹ el estatus quo: las adaptaciones técnicas de los límites presupuestarios esconden en realidad «cambios para conservar lo que ya existe»⁶².

4. LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La estructura originaria de los Tratados, aun permaneciendo formalmente fiel a la posición tradicional de la división entre política monetaria y política económica, con la correlativa separación entre mercado único europeo y los diferentes sistemas de bienestar nacionales, está siendo sometida a un progresivo proceso de deconstrucción. Ese recorrido constituye el efecto de las medidas adoptadas para afrontar la crisis económico-financiera. Las intervenciones de urgencia, durante la crisis económica, hacen reaparecer el papel de los poderes públicos que intervienen, tras la fase de desregulación de los sistemas de vigilancia, en la tutela de la estabilidad del sistema económico pero, paradójicamente, tienen también el propósito principal de restablecer el buen funcionamiento del mercado. Si, en esta dinámica, en un primer momento es el «Estado salvador» el que lleva a cabo las operaciones de rescate de los bancos mediante inyecciones de capital⁶³, posteriormente la crisis del sistema privado se transfiere a las finanzas públicas estatales y, para evitar el peligro del contagio del fallo del mercado al fallo del Estado, el papel de salvar al salvador, siempre en el

60 Sobre la carta enviada por los economistas al Presidente de los Estados Unidos de América se remite a M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, en *Dir. soc.*, n. 4, 2011, pp. 69, 70.

61 G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 16.

62 Op. cit. p. 17.

63 G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2008, pp. 1083 ss. En particular G. NAPOLITANO, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato «coassicuratore»*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2010, p. 1096, considera como una revancha el retorno del Estado en ámbito económico respecto de las tendencias de los últimos treinta años; sin embargo, especifica que se ha tratado de una «revancha de sabor amargo, porque será pagada por los contribuyentes presentes y futuros y destinada a traducirse en mayores cargas para la economía y para el crecimiento, como demuestra la explosión de la deuda pública y el riesgo de “default” soberano. La crisis, por otra parte, ha evidenciado cómo las reacciones de los Estados no pueden circunscribirse por más tiempo dentro de los confines nacionales».

ámbito de las reglas del mercado o de las reglas impuestas por el mercado, ha sido asumido por la Unión Europea⁶⁴.

En el ámbito de la reforma de la gobernanza económica, por tanto, se han previsto procedimientos, límites y sanciones en materia presupuestaria y se han indicado reformas que debían adoptarse en materia de mercado laboral, seguridad social, justicia y administración, reduciendo la capacidad de decisión de los órganos representativos de la voluntad popular. En particular, la condicionalidad de las políticas de ayudas a los Estados miembros en dificultades y los rígidos límites a las cuentas estatales sus traen al debate parlamentario de la resolución y la composición del conflicto social y la capacidad de definir las decisiones fundamentales en ámbito económico, incluso mediante la renovación financiera de la deuda, debiéndose de ratificar sustancialmente las decisiones negociadas entre los gobiernos de los Estados miembros⁶⁵.

5. LAS MEDIDAS DE COORDINACIÓN DÉBIL DE LA GOBERNANZA ECONÓMICA

En primer lugar se adoptaron algunos instrumentos de coordinación de las políticas económicas y de programación de las cuentas públicas «que actualizan institutos preexistentes a las exigencias de gestión de la crisis»⁶⁶ y que, aun continuando con el modelo de los Tratados, y viendo de todos modos una cierta implicación de los gobiernos nacionales, limitan la capacidad de decisión de los Estados miembros a pesar de la naturaleza débil de su contenido. El Pacto por el Euro Plus, una de las primeras medidas para responder a la crisis, añadido a las Conclusiones del Consejo europeo del 24 y 25 de marzo de 2011⁶⁷, por su misma precisión, se coloca «en la línea de la actual gobernanza económica de la UE y la fortalecerá», con la finalidad

64 G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, en ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 385. Cfr. G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, en *Quad. cost.*, n. 1, 2012, pp. 9 ss.

65 Così U. VILLANI, *Considerazioni sulla democratizzazione dell'Unione europea*, en *St. int. eur.*, n. 1, 2015, pp. 217 ss., en part. p. 219.

66 G.M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, en *St. int. eur.*, n. 2-3, 2012, p. 445.

67 Consejo europeo de Bruselas del 24 y 25 de marzo de 2011, *Conclusiones de la Presidencia* (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/120304.pdf), Anexo I (Pacto por el Euro Plus refuerzo de la coordinación de la política económica en favor de la competitividad y la convergencia).

«de respet[ar] plenamente la integridad del mercado único», todo para realizar «la coordinación más estrecha de las políticas económicas para la competitividad y la convergencia». Se consagran los siguientes objetivos: estimular la competitividad, promover el empleo, concurrir a la sostenibilidad de las finanzas públicas, reforzar la estabilidad financiera a través de la indicación de una serie de intervenciones preferibles en materia de política económica y de política fiscal, que tienen como referencia recetas de naturaleza neoliberal que tratan en su conjunto de flexibilizar el mercado e introducir en los ordenamientos nacionales reglas presupuestarias de la Unión. A pesar de ello, no se impuso la adopción de estas medidas específicas: en cuanto a las previsiones en materia de política económica el Pacto por el Euro Plus deja libertad a cada país «para decidir las actuaciones políticas específicas que se muestren necesarias para conseguir los objetivos comunes»; con referencia a las reglas presupuestarias confía a los Estados miembros amplios márgenes de maniobra, dado que no establece la fuente mediante la cual las restricciones del Pacto de Estabilidad y Crecimiento deben ser aplicadas en cada ordenamiento, atribuyendo a los Estados miembros «la facultad de escoger el específico instrumento jurídico nacional al que recurrir» siempre que «tenga naturaleza vinculante y sostenible suficientemente fuerte (por ejemplo, Constitución o legislación básica). Incluso la exacta forma de la regla será decidida por cada país (por ejemplo, podría asumir la forma de freno al endeudamiento, regla unida al saldo primario o regla de gasto), pero debería garantizar la disciplina presupuestaria a nivel tanto nacional como subestatal»⁶⁸.

Con la misma finalidad de favorecer la armonización de las políticas económicas y de las políticas fiscales se adoptó, igualmente, por el Consejo europeo del 8 de noviembre de 2011 el llamado «Semestre europeo» que produce el efecto de atraer el gobierno de las cuentas públicas no sólo en lo que concierne a los límites de endeudamiento público de los Estados miembros, sino también «bajo aquello –más atractivo y penetrante– relativo a los plazos, a los procedimientos y (en gran parte) a los contenidos de la programación económico-financiera de los recursos y de la inversión públicos»⁶⁹. Se trata, de hecho, de un instrumento de coordinación

68 Sobre la no imposición por el Pacto por el Euro Plus de la consagración constitucional de las restricciones presupuestarias se detiene, en lo específico, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., pp. 23-24. En el mismo sentido G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Ponencia en el Seminario de la Corte costituzionale sobre el tema «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012», Roma, *Palazzo della Consulta*, 22 de noviembre de 2013, en www.cortecostituzionale.it, p. 2.

69 G. RIVOSECCI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, en *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2011, p. 3.

preventivo y de convergencia de las políticas fiscales de los Estados miembros de la Unión, para adoptarse en los primeros seis meses del año, mediante recomendaciones, aprobadas por el Consejo, previa propuesta de la Comisión, las cuales deben ser tenidas en cuenta por los Estados miembros de la Unión, en los meses siguientes, para la elaboración de las leyes de presupuestos, de manera que se hagan efectivos los parámetros del Pacto de Estabilidad y Crecimiento⁷⁰.

Entre estos instrumentos se añade una inédita forma de intervención que, como el Pacto por el Euro Plus y el Semestre europeo, no tiene una eficacia vinculante, incluso en la parte relativa a la transposición de las restricciones presupuestarias. Se trata, por ejemplo, de la carta enviada al Gobierno italiano el 5 de agosto de 2011 por el Presidente saliente, Jean Claude Trichet, y por el entrante, Mario Draghi, del BCE⁷¹. La carta indicaba la necesidad de aprobar una serie de reformas estructurales «en todos los niveles», que procuraran la liberalización de los servicios públicos locales y de las profesiones, las privatizaciones, el mercado laboral, el sistema del bienestar, el sistema de contratación para mejorar la productividad. Invitó al Gobierno a «asumir medidas inmediatas y decisivas que aseguren la sostenibilidad de las finanzas públicas» y a alcanzar el objetivo del equilibrio presupuestario en el 2013, incluso mediante intervenciones en el sector de las pensiones igualando la edad de jubilación de las mujeres en el sector privado a la del sector público y con una reducción significativa de los costes del empleo público. Se solicitó igualmente al Gobierno introducir una cláusula de reducción automática del déficit y un sistema de control del endeudamiento, señalando como «apropiada» una reforma constitucional que «haga más estrictas las reglas presupuestarias».

La Carta, a pesar de tener una eficacia débil⁷², esto es, meramente persuasiva de las actividades que debían llevarse a cabo en el ordenamiento nacional, y de estar privada de eficacia directa, constituye una severa advertencia para los Estados miembros implicados en responder a los desafíos y secundar las peticiones de los

70 Se ocupa de las reflexiones de la regulación del Semestre europeo G. RIZZONI, *Il «Semestre europeo» fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Italia e Francia a confronto*, en *Rivista AIC*, n. 4, 2011.

71 El contenido de esta carta se publicó el 29 de septiembre de 2011 en el *Corriere della sera*. Sobre la carta del BCE al Gobierno italiano se remite a E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, en *Rivista AIC*, n. 1, 2014.

72 I. CIOLLI, *The constitutional consequences of financial crisis ant the use of emergency powers: flexibility and emergences sources*, en *Rivista AIC*, n. 1, 2015, p. 13, refiriéndose a tales formas de correspondencia entre instituciones de la Unión e instituciones nacionales precisa que «son típicas reglas de *soft law* adoptadas durante la crisis. De hecho, no son jurídicamente vinculantes, no tienen la típica forma y procedimiento de los actos jurídicos, pero son percibidos como tales».

mercados, incluso en virtud del elevado nivel de la prima de riesgo italiana frente a Alemania. Se hace referencia, de hecho, tanto a la necesidad de «una acción urgente por parte de las autoridades italianas para restablecer la confianza de los inversores» como a la «gravedad de la actual situación de los mercados financieros». Después de esta segunda llamada invita a asumir las iniciativas en materia económica indicadas, especificando la fuente que se ha de utilizar, el decreto-ley, y los plazos brevísimos en los que intervenir, al final de septiembre de 2011, destruyendo el orden constitucional de las relaciones entre poderes y la relación entre órganos constitucionales. La carta del BCE, por tanto, no sólo dictaba los plazos y las modalidades de aprobación de las intervenciones por ella recomendados, sino que de ese modo estaba reduciendo el parlamento italiano a mero ejecutor de las previsiones del gobierno. El desprecio del órgano parlamentario se consumaba, además, en dos frentes: por un lado, se subrayaba que la urgencia de las medidas señaladas hacía indispensable intervenir mediante decretos-leyes, sin que se considerara la posibilidad de atender a los tiempos parlamentarios de discusión y deliberación; por otro lado, se esperaba que la ratificación (en realidad, conversión) de los susodichos decretos tuviera lugar antes del final de septiembre de 2011, con la consecuente reducción de los sesenta días constitucionalmente previstos para su conversión por parte de las Cámaras⁷³. En otras palabras, la carta sería la expresión «[del] trapaso del poder político, en el campo de la política económica pero con implicaciones obvias en un amplio radio del abanico de acciones políticas, de los órganos nacionales, representativos políticamente, elegidos en forma democrática, a un órgano técnico, no representativo políticamente ni elegido democráticamente, y fuertemente irresponsable en razón de su [pretendida independencia]»⁷⁴. De ser así, la carta podría ser definida como «el relato inconsciente de las mutaciones –institucionales y políticas– constitucionalmente significativas, que nuestro ordenamiento está viviendo»⁷⁵, porque, más allá de convertir al Presidente del Consejo en su único interlocutor, incide en el carácter consustancial de la forma de gobierno para eludir el debate parlamentario y para reforzar los ejecutivos, más inclinados a aceptar la urgencia de los mercados, apartándolos de la actividad de dirección y control de las asambleas representativas.

73 Op. cit. p. 10.

74 G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, ESI, Napoli, 2012, pp. 82 ss.

75 E. OLIVITO, *op. cit.*, p. 13.

6. LAS MEDIDAS DE RESCATE DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN DIFICULTADES

La insuficiencia de la gobernanza económica europea ha impuesto la adopción de medidas fuera del marco del Derecho de la Unión, con la finalidad de conseguir un efecto sistémico sobre toda la Unión, salvaguardando su estabilidad financiera. Del estado de necesidad, impuesto por la crisis, se originan normas derogatorias del orden constituido que no se habrían adoptado en circunstancias normales. El estado de excepción a través de la fuerza normativa de los hechos se impone al Derecho: primero con previsiones de naturaleza de urgencia y temporales, y posteriormente con intervenciones de carácter institucional⁷⁶. Se han previsto medidas de rescate para los Estados miembros en dificultades, con transcendencia en el debate político interno, pasando por alto el obstáculo del art. 125 TFUE mediante una interpretación minimalista, con la cual se excluía solamente la posibilidad de activar una obligación de asistencia financiera para los Estados insolventes por el solo hecho de su mera pertenencia a la Unión. Por una parte, los Estados miembros de la Zona Euro, representados por la Comisión, han estipulado primero con Grecia un préstamo bilateral; por otra, el Consejo, con motivo de la extensión de la coyuntura a otros países periféricos de la Unión (los llamados PIGS), con la adopción del R. UE n. 407/2010 del 11 de mayo de 2010, ha instituido el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera – *European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM)– activando la única forma posible de ayuda financiera en el Derecho primario de la Unión, prevista por el art. 122 par. 2 TFUE, que permite al Consejo, a propuesta de la Comisión, «de conceder con determinadas condiciones⁷⁷ una ayuda financiera de la Unión al Estado miembro interesado que se encuentre en dificultades o esté seriamente amenazado de graves dificultades a causa de calamidades naturales o de circunstancias excepcionales que escapan de su control».

Todas estas medidas se aplican como «extrema ratio», según explicita la Declaración de Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro del 25 de marzo de 2010, cuando «la financiación por parte de los mercados es insuficiente, para volver cuanto antes al funcionamiento por parte del mercado», todo ello «subordinado a una estrecha condicionalidad»⁷⁸, y tienen la finalidad, como ha precisado otra Declaración

76 Una distinción semejante es ofrecida por A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, en *Rivista AIC*, n. 1, 2015, p. 3.

77 Cursivas mías.

78 E. PAPARELLA, *La «stretta condizionalità» dal Fondo Monetario internazionale all'Eurozona:*

de Jefes de Estado y de Gobierno de 7 de mayo de 2010 a continuación del acuerdo alcanzado por el Eurogrupo para el primer tramo de ayudas a Grecia, «de preservar la estabilidad de la Zona Euro en su conjunto». Esas, siguiendo la experimentada praxis de conceder «dinero por reformas»⁷⁹, parecerían anular los espacios de democracia económica en el interior de los Estados miembros de la Unión. El primer préstamo de 110 mil millones a Grecia se ha supeditado a un acuerdo firmado por el Banco de Grecia con los Estados miembros de la Zona Euro, que ha previsto no sólo la obligación de reducir los gastos públicos sino también la indicación de recortes específicos y el empeño de intervenir en el sector sanitario y en el mercado laboral⁸⁰. El Mecanismo europeo de estabilización financiera, sin embargo, se adoptó por expresa indicación del art. 1 del R. 407/2010 para responder a «una situación excepcional que evita el control de los Estados miembros» que, «si no es afrontada con urgencia, [...] podría representar una seria amenaza para la estabilidad financiera de la Unión Europea en su conjunto». Esto último ha supuesto la habilitación de financiación de los Estados en dificultades mediante un procedimiento en el que la solicitud del Estado miembro debe estar acompañada de la redacción de un programa de ajuste económico y financiero que, previamente discutido con la Comisión y con el BCE, debe ser aprobado por el Consejo por mayoría cualificada. Se institucionaliza, de este modo, un mecanismo que elimina cualquier participación popular en la asunción del acuerdo para replegarse en formas débiles de democracia participativa de los gobiernos nacionales⁸¹. La decisión del Consejo, por otra parte, como en el primer rescate a Grecia, debe contener «las condiciones generales de política económica que

ancora la sovranità in discussione, en Menabò di *Etica ed Economia* (www.eticaeconomia.it), 16.07.2014.

79 A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, cit., pp. 200 ss., 239 ss., 260 ss.

80 Para una cronología de los sucesos que, tras las elecciones de octubre de 2009, llevaron primero al descubrimiento del déficit real griego hasta los paquetes de rescate véase L.F. PACE, *La crisi del «sistema euro» (2009-2013): cause, fasi, players e soluzioni*, en *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, Vol. III, ESI, Napoli, 2014, pp. 2151 ss.

81 E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 7, 2012, pp. 784-785, subraya cómo las respuestas dadas por la Unión frente a la crisis (la decisión de acordar préstamos bilaterales a Grecia, la constitución del Fondo Europeo de Estabilidad financiera y del Mecanismo Europeo de estabilización financiera) se han elaborado todas al término de negociaciones que se han llevado a cabo en el Consejo europeo, en la formación Ecofin del Consejo y en las reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro. Del resto, el autor remarca que estas reuniones de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Zona Euro no están siquiera previstas en el Tratado de Lisboa y han tenido lugar durante las sesiones del Consejo europeo pero sin la participación de los Jefes de Estado o de Gobierno que no pertenecen a la Zona Euro.

acompañan a la ayuda financiera de la Unión, con vistas a restablecer una situación económica o financiera sana en el Estado miembro beneficiario y a restaurar su capacidad de financiarse en los mercados financieros» (art. 3 par. 2 b) y la «aprobación del programa de ajuste preparado por el Estado miembro beneficiario para cumplir las condiciones económicas que acompañan a la ayuda financiera de la Unión» (art. 3 par. 2 c). Se prevé, también, la celebración de un memorándum de acuerdo entre el Estado miembro y la Comisión, en el que se detallarán las condiciones generales de política económica que deberá cumplir el beneficiario de la ayuda (art. 3 par. 5) que incidiría notablemente en la definición de las políticas económicas del Estado miembro interesado⁸².

Otro instrumento de intervención, con carácter excepcional y temporal, también porque dejó de operar el 30 de junio de 2013, es la Facilidad Europea de Estabilidad Financiera – *European Financial Stability Facility* (EFSF)⁸³. Se trata de una sociedad de Derecho privado luxemburguesa, constituida por el Gran Ducado de Luxemburgo a la cual se han adherido posteriormente los restantes 16 miembros de la Zona Euro, estipulando un acuerdo internacional en forma simplificada que, por tanto, no ha necesitado de la participación de los parlamentos nacionales mediante su ratificación. El objetivo principal de esta medida ha sido el de conceder financiación por un importe máximo de 440 mil millones de euros a los Estados miembros en dificultades mediante la emisión de bonos u otros instrumentos similares de deuda, avalados por los Estados con su propia cuota de participación en el capital, por su propia naturaleza mayormente expuestos a las valoraciones obligadas por las agencias de rating, sobre la base de acuerdos específicos según un régimen de estrecha condicionalidad, de los que se han beneficiado por dos veces Irlanda y Portugal, y una vez Grecia (el segundo rescate de 109 mil millones del 21 de julio de 2011). Sin embargo, aun teniendo carácter excepcional y temporal, el instituto del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera no se enmarca en el ordenamiento de la Unión, constituyendo un instituto «quasi extra-ordinem», para el ordenamiento de la Unión incluso desde el momento que [...] presupone el recurso a instrumentos de Derecho privado con el fin de perseguir objetivos de políticas públicas⁸⁴, por

82 Así también, M. BENVENUTI, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea*, cit., p. 85.

83 En particular sobre el Fondo Europeo de Estabilidad financiera se remite a F. SAVASTANO, *Il Fondo europeo di Stabilità: un elemento propulsivo della nuova Europa*, en *Federalismi.it*, n. 3, 2012.

84 G.M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 450. Sobre las contradicciones de este mecanismo de intervención respecto de la disciplina de la Unión y, en particular, del art. 122 par. 2 TFUE se expresa M. MESSINA, *La nuova governance economica e finanziaria dell'Unione: aspetti giuridici e possibili scenari per la sua integrazione nell'ordinamento giuridico UE*, en *Federalismi.it*, n. 23, 2013, p. 6.

cuyo motivo se ha dudado de su constitucionalidad europea y nacional en cuanto que «somete a la disciplina del Derecho privado (inglés, para más inri) las deudas y garantías prestadas por los Estados soberanos»⁸⁵.

La incapacidad de resolver la crisis económica, que de contingente pasó a coyuntural, incluso mediante la adopción de instrumentos de urgencia «ad hoc», por su propia naturaleza excepcional y temporal, ha abierto lo que se denomina la «tercera fase» del apoyo financiero⁸⁶. Con la creación del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) —«European Stability Mechanism» (ESM)— como mecanismo permanente de la gobernanza económica para la ayuda financiera de los Estados miembros en dificultades, que asume las obligaciones tanto del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera como de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera, se verifica lo que ha estado definido como un «cambio constitucional» en el proceso de integración europeo⁸⁷. En razón de las prohibiciones de los arts. 122 y 125 TFUE paradójicamente «Europa, desde hace tiempo acusada de sufrir un déficit democrático, ha quedado prisionera de su opuesto: una verdadera «ratonera democrática»⁸⁸. Por un lado, las disposiciones vigentes de los Tratados de la Unión no consentían la introducción de mecanismos de rescate permanentes en el marco institucional de la Unión; por otro, la modificación del art. 136 TFUE, según el procedimiento simplificado de revisión *ex art.* 48 par. 6 TUE, no habría sido oportuna para permitir la adopción de un instrumento en el ámbito del Derecho de la Unión, solicitando, en cualquier caso, una aprobación de los Estados miembros «conforme a las respectivas normas constitucionales»⁸⁹. Los Estados miembros de la Zona Euro,

85 A.J. MENÉNDEZ, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, EOLAS, 2012, p. 62. Consideran en cambio que el Fondo salva-Estados es conforme al art. 125 TFUE A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'Euro e le risposte dell'Unione europea*, en *Dir. Un. Eur.*, n. 4, 2010, pp. 987-988, dado que ese mecanismo es continuador de una serie de instrumentos adoptados fuera del marco de los Tratados, aunque juzguen que la adopción del procedimiento de cooperación reforzada *ex art.* 136 TFUE habría sido preferible.

86 Subdividen el rescate financiero en tres fases fundamentales (la primera, de los préstamos bilaterales a Grecia, la segunda, del Mecanismo Europeo de Estabilización financiera y la tercera, del Fondo Europeo de Estabilización financiera) G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, en *Dir. Un. Eur.*, n. 4, 2011, p. 9; M. MESSINA, *op. cit.*, pp. 5 ss.

87 Así, G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, en *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2012, pp. 461 ss.

88 G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano*, cit., p. 419.

89 La decisión de reforma del art. 136 TFUE, adoptada por el Consejo europeo de 25 de marzo de 2011 (2011/199/UE), está vigente desde el 1 de mayo de 2013, tras la recepción por parte del Secretario

al entrar en vigor el par. 3 del art. 136 TFUE, que habría permitido la posibilidad de instituir un mecanismo permanente sólo para los miembros de la Zona Euro, con la intención de «garantizar la estabilidad financiera de la Zona Euro», han constituido, mediante un acuerdo internacional, una «institución financiera internacional» (art. 1), abierta a los otros miembros de la Unión que deseen en el futuro adoptar el Euro, que tiene el objetivo de «movilizar recursos financieros y suministrar apoyo a la estabilidad, de acuerdo con *condiciones rigurosas*⁹⁰ apropiadas para el instrumento de asistencia financiera elegido, a beneficio de los miembros del MEDE que entonces se encontraban o estaban en riesgo de encontrarse en graves problemas financieros, si fuera indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la Zona Euro en su conjunto y la de sus Estados miembros» (art. 3). La concesión del préstamo por parte del MEDE a uno de los Estados miembros en dificultades está sometida, como los instrumentos precedentes, también a un régimen de estrecha condicionalidad: el Estado solicitante de la ayuda financiera deberá pactar con la Comisión, encargada por el Consejo de Gobernadores, verdadero órgano deliberante del MEDE, un memorándum de entendimiento que precise las condiciones contenidas en el dispositivo de asistencia financiera (art. 13 par. 3). Sobretudo, la concesión de la asistencia financiera por parte del MEDE se ha conectado estrechamente con el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (en adelante, Pacto Fiscal) – *Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union* o *Fiscal Compact* (TSCG). Los dos Tratados son complementarios en la promoción de la responsabilidad y la solidaridad presupuestaria dentro de la Unión Económica y Monetaria. Se reconoce y se acepta que la concesión de la asistencia financiera en el ámbito de los nuevos programas previstos por el MEDE se subordinará, a partir del 1 de marzo de 2013, a la ratificación del Pacto Fiscal por parte del miembro del MEDE interesado y, transcurrido el plazo de transposición del art. 3 par. 2 TSCG, respecto de los requisitos del susodicho artículo (considerando n. 5).

General del Consejo UE de la notificación de su ratificación por la República Checa. Por el contrario, el MEDE ha sido firmado por los 17 Estados miembros de la Zona Euro el 2 de febrero de 2012 y ha entrado en vigor el 27 de septiembre de 2012 después de que el Secretario General del Consejo hubiera recibido el depósito del instrumento de ratificación por parte de Alemania en cumplimiento de las condiciones indicadas en el art. 48 par. 1, del Tratado sobre el MEDE. Se pregunta, sin embargo, si la adopción del MEDE se habría podido acordar en el marco del derecho de la Unión, quizás acudiendo a la llamada cláusula de flexibilidad *ex* art. 352 TFUE o a una cooperación reforzada, si bien considera que ambos procedimientos no están privados de dificultades en su aplicación (MESSINA, *op. cit.*, pp. 11-15).

90 Cursivas más.

Por otro lado, si bien están implicados en su funcionamiento incluso órganos institucionales de la Unión (como la Comisión, el BCE y el TJUE, mas no el Parlamento europeo), que «da lugar a una ulterior hibridación entre instrumentos propios del Derecho Internacional y reglas de la Unión Europea»⁹¹, el MEDE se inspira en una lógica intergubernativa en cuanto que tanto la solicitud de asistencia financiera como la decisión de la concesión de la ayuda prevén el papel fundamental del Consejo de Gobernadores, compuesto por los Ministros de Finanzas de cada Estado miembro del MEDE, que, por otra parte, no parece en condiciones de afrontar con rapidez las situaciones de crisis de las deudas públicas nacionales⁹². Por lo demás, sus decisiones, las más importantes relativas a la concesión de préstamos de acuerdo con el art. 4, se deben acordar por unanimidad de los componentes del Consejo de Gobernadores, con la posibilidad de cada Estado miembro de bloquear la deliberación mediante el ejercicio de un verdadero poder de veto. Sólo en los casos de urgencia, que imponen la adopción de un rescate del Estado miembro interesado para garantizar la sostenibilidad económica y financiera de toda la Zona Euro, la decisión se toma por mayoría del 85% del capital social del MEDE, calculada sobre la base de la participación de capital de cada Estado miembro del MEDE. Si es así, aunque el mecanismo de solidaridad entre Estados miembros de la Zona Euro haga de la Unión, o al menos de la Zona Euro, por vez primera, una «comunidad de riesgos» más que una «comunidad de beneficios»⁹³, las decisiones del Consejo de Gobernadores se someterán, incluso en los procedimientos de urgencia, al poder de veto de los Estados miembros más contribuyentes, entre los cuales, Alemania, Francia e Italia, que ostenta respectivamente un porcentaje de voto del 27,14%, del 20,38% y del 17,91%, evidencian una distribución asimétrica del poder político de los Estados miembros de la Zona Euro.

91 G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano*, cit., p. 423.

92 P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona: alla ricerca del demos*, en F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2012, p. 24, subraya la naturaleza intergubernativa del MEDE en el cual los «[p]rotagonistas son los Estados y, en particular, los gobiernos nacionales, a los cuales corresponde la obligación de asumir todas las decisiones, mientras que la presencia institucional “europea” dentro del órgano se limita a la participación, en calidad de observador, del Comisario europeo para Asuntos Económicos y del Presidente del BCE». Cfr., también, F. DONATI, *Crisi dell'Euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, en *Rivista AIC*, n. 2, 2014, pp. 4-5.

93 E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione*, cit., p. 88.

7. LAS MEDIDAS DE COORDINACIÓN Y DE VIGILANCIA PRESUPUESTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La nueva regulación de coordinación y de vigilancia de las políticas económicas y de las políticas presupuestarias de los Estados miembros de la Unión comprende la adopción de los denominados «Six Pack», y «Two Pack» y del Pacto Fiscal. Estas reformas se han tomado desde la errónea convicción de que «las disfunciones en el origen de la crisis de la deuda soberana se deben imputar a la suavidad —o mejor dicho, a la excesiva permeabilidad de las instancias políticas— de los mecanismos de ejecución»⁹⁴ y que «finanzas públicas más sanas y menos sujetas al endeudamiento son condición esencial para poder afrontar y superar la grave crisis económica»⁹⁵. En realidad, éstas han producido el efecto inverso, el de disminuir la capacidad de intervención de los Estados miembros de la Unión en materia de política económica y de provocar, en consecuencia, la progresiva regresión de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales⁹⁶.

El «Six Pack», más allá de la institucionalización del mencionado Semestre europeo mediante el R. UE n. 1175/2011 de 16 de noviembre de 2011, está compuesto por otros cuatro reglamentos y una directiva, que modifican el tan denostado Pacto de Estabilidad y Crecimiento en un sentido aún más riguroso ya sea desde su vertiente preventiva como desde la correctiva. Más allá de prever un procedimiento de coordinación con el Semestre europeo, del que derivan para los Estados miembros de la Zona Euro una serie de recomendaciones para la elaboración del presupuesto anual, el R. UE n. 1173/2011 introduce un sistema de sanciones verdaderamente ajustado y casiautomático⁹⁷, «para potenciar el cumplimiento de los componentes preventivo y corrector del Pacto de estabilidad y crecimiento en la zona del euro» (art. 1). Se han previsto, de hecho, una serie de sanciones para el caso en que uno de los Estados miembros de la Zona Euro no

94 E. MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, Costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, en *Pol. dir.*, n. 4, 2013, p. 516.

95 Así se expresa P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona: alla ricerca del demos*, cit., pp. 31-32, si bien refiriéndose sólo al Pacto Fiscal.

96 Me permito remitirme a mi trabajo *Corti costituzionali e governance economica: democrazia e diritti fondamentali nel turbine della crisi*, en F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (EDS.), *The impact of the economic crisis*, cit., pp. 573 ss., y a las referencias que allí se contienen.

97 Sobre este punto se remite a M. BENVENUTI, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione europea*, cit., pp. 93 ss.

haya dado seguimiento a la parte preventiva o correctiva del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: en el primer caso, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará la decisión por la que se solicitará al Estado miembro en cuestión la constitución de un «depósito con intereses» (art. 4); en el segundo caso, la sanción del Consejo consistirá en la constitución de un «depósito sin intereses» (art. 5), convertible en una multa, de conformidad con el art. 126 par. 8 TFUE, en el caso de que se considere que un Estado miembro no ha adoptado medidas efectivas para corregir su déficit excesivo (art. 6)⁹⁸. Estas sanciones transforman la modalidad débil del procedimiento de coordinación en una modalidad dura: el papel del Consejo es sólo eventual dado que la adopción de la sanción no necesita de la adopción de una decisión, habiéndose introducido el sistema de voto del «reverse majority voting» según el cual una recomendación de la Comisión se entiende adoptada si no es rechazada por el Consejo por mayoría cualificada⁹⁹.

Entre otras medidas relevantes contenidas en el llamado «Six pack», el R. UE 1177/2011, por el que se modifica el R. CE 1467/1997, regula una serie de medidas encaminadas a la aceleración y la clarificación de las modalidades de actuación del procedimiento de déficit excesivo, que producen un efecto perturbador sobre los presupuestos nacionales, ya condicionados por los procedimientos de coordinación «ex ante». Establece para los Estados miembros de la Unión, que hayan superado el 60% del valor de referencia entre deuda pública y PIB, un procedimiento específico de corrección del déficit público: la proporción entre la deuda pública y PIB debería reducirse anualmente de manera suficiente, sobre la base de los cambios registrados durante los últimos tres años, a un ritmo medio de una veinteaava parte al año como referencia respecto del umbral del 60% (art. 2). De aquí se deduce, en mayor medida, la incapacidad de los Estados miembros de la Unión, especialmente para aquellos con mayores dificultades, de poder afrontar la crisis mediante la adopción de medidas de política económica expansiva, las cuales, como ya se contempla en los rígidos límites presupuestarios, no podrán superar el umbral límite del porcentaje de la deuda. A raíz del procedimiento de déficit excesivo, se dicta también el R. UE n. 1174/2011, que incorpora un mecanismo de corrección de los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la Zona Euro, estableciendo un sistema de sanciones y un sistema de voto análogo al previsto para el control preventivo (art. 3), y el R. UE n. 1176/2011, que tiene por objeto disposiciones detalladas para identificar los

98 Cfr. R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, en *Federalismi.it*, n. 4, 2012, pp. 24-25; M. MESSINA, *op. cit.*, pp. 17-18.

99 Al respecto, Cfr. G.L. TOSATO, *L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'euro*, cit., p. 13.

desequilibrios macroeconómicos y para prevenir y corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos dentro de la Unión.

Estas medidas, que posteriormente han sido corregidas por el llamado «Two Pack» en el ámbito de la Unión mediante dos reglamentos (R. UE 472/2013 y R. UE n. 473/2013), dirigidos a reforzar ulteriormente la coordinación y la vigilancia de las políticas económicas y presupuestarias, desembocan en la adopción del Pacto Fiscal. Esto último, recibiendo el contenido de los actos normativos comunitarios¹⁰⁰, constituye un instrumento de Derecho Internacional para superar la resistencia de algunos Estados miembros de la Unión (República Checa y Reino Unido), sin intención de consagrar el Derecho de la Unión, ya sea mediante un acto de Derecho derivado ya sea mediante una modificación del Derecho originario de la Unión¹⁰¹, la cláusula del equilibrio presupuestario para endurecer las restricciones de las cuentas públicas tras los límites propuestos, en la evolución de la integración europea, desde el Tratado de Maastricht, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y el Pacto por el Euro Plus.

El Pacto Fiscal trata de reforzar los límites presupuestarios para garantizar la estabilidad de toda la Zona Euro con la convicción de que los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, ocupación, competitividad y cohesión social pueden ser fácilmente alcanzados mediante «un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario» (art. 1). Al efecto, el Pacto Fiscal obliga a las Partes Contratantes a alcanzar el equilibrio presupuestario o el superávit de la Administración Pública (art. 3 par. 1 a), estableciendo rígidos límites al endeudamiento anual de los presupuestos del Estado, que formalizan la superación del principio de igualdad entre los Estados miembros de la Unión. Se prevén restricciones presupuestarias diferenciadas para los Estados miembros que hayan superado el umbral del 60% de la proporción entre la deuda pública y PIB y para los Estados miembros que tengan una deuda pública inferior al umbral del 60% del PIB: para los primeros países el Tratado fija un límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del PIB (art. 3, par. 1 b), para los segundos, en cambio, establece que podrán alcanzar un déficit estructural máximo del 1 % del PIB (art. 3

100 F. NUGNES, *Il Fiscal Compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 06.03.2012.

101 Como señala M. MESSINA, *op. cit.*, pp. 20-21, ya el R. UE n. 473/2013, contenía, en su propuesta inicial, la regla del equilibrio o superávit presupuestario, eliminada del texto final porque se consideró oportuno proceder a la introducción de semejante regla mediante una revisión de los Tratados, después bloqueada por la necesidad de alcanzar la unanimidad conforme al procedimiento simplificado del art. 48 par. 6 TUE.

par. 1 d). Esta disparidad de trato entre Estados endeudados y Estados virtuosos, por lo demás, viene cada vez más acentuada por la transposición de una de las reglas del «Six Pack», que imponía a los Estados miembros que tuvieran una proporción entre la deuda pública total y el PIB superior al 60% proceder anualmente a la reducción del propio déficit en una veintea parte. Se trata de reglas que aumentan la divergencia entre economías débiles y economías fuertes de los Estados miembros de la Unión, especialmente durante las fases coyunturales, permitiendo una muy fuerte disparidad, en el punto de partida, de cada Estado miembro en el caso de movilizar recursos y desarrollar políticas expansivas¹⁰². Por otro lado, la obligación por parte de los Estados miembros de instituir mecanismos de corrección automática, siempre que se constaten desviaciones significativas respecto de los objetivos a medio plazo o de la trayectoria de ajuste para alcanzar ese objetivo, disminuye la capacidad de intervención de la política nacional en nombre de la salvaguardia del objetivo de la estabilidad financiera, excluyendo del abanico de posibilidades practicables, en los periodos de contracción del crecimiento económico, la de expandir el gasto público con el fin de soportar un crecimiento de la economía real¹⁰³.

El Pacto Fiscal impone, también, la obligación para las Partes Contratantes de incorporar en cada ordenamiento nacional la «regla de oro mediante disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente de rango constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios nacionales» en un año tras la fecha de entrada en vigor del presente Tratado (art. 3 par. 2). Con la intención de favorecer el contagio de los contextos nacionales más de lo que antes se había conseguido con las precedentes restricciones presupuestarias, el Pacto Fiscal impone la adecuación del ordenamiento interno, incluso mediante reforma constitucional, que tenga por finalidad la de producir una homogeneización de los sistemas jurídicos nacionales con la disciplina constitucional del equilibrio presupuestario alemana, introducida con la reforma constitucional del 2009¹⁰⁴. A decir

102 F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. «pareggio di bilancio»*, en *Rivista AIC*, n. 2, 2012, pp. 4-5.

103 Es la opinión de Federico Caffè. En este sentido véanse las notas que resumen la doctrina de Caffè en D. PICCIONE, *Revisione e legislazione costituzionale ai tempi della crisi (Riserve sul procedimento di codificazione costituzionale del principio del pareggio di bilancio. In ricordo di Federico Caffè, a venticinque anni dalla scomparsa)*, en *Giur. Cost.*, n. 5, 2012, pp. 3859 ss., especialmente pp. 3873 ss.

104 Alemania se anticipó a la consagración constitucional del equilibrio presupuestario y ha coordinado la política presupuestaria del Parlamento alemán con las orientaciones de la UE, introduciendo una normativa que se ha convertido en una referencia de las «soluciones después adoptadas o

verdad, del Pacto Fiscal no se deriva esa propia obligación de constitucionalizar la cláusula del equilibrio presupuestario: si por un lado, el Tratado indica la obligación de transponer en el ordenamiento nacional, por otro lado, manifiesta una mera preferencia por una reforma constitucional, como ya habían apuntado tanto el Pacto por el Euro Plus como la carta del BCE al Gobierno italiano, a la cual no siguieron ni un procedimiento de reforma constitucional ni mucho menos la introducción del equilibrio presupuestario, por otra fuente, en el ordenamiento. Teniendo en cuenta que no todas las Partes Contratantes han procedido a modificar sus respectivos textos constitucionales, la adopción de la regla del equilibrio presupuestario en la Constitución se explica, entonces, no en razón de las estipulaciones del Pacto Fiscal, sino en la debilidad política y financiera de algunos Estados miembros que trataban de apoyar las instituciones de la Unión y recuperar peso en los mercados globales¹⁰⁵.

De otro parte, la previsión de obligar a la transposición del equilibrio presupuestario por las Partes Contratantes produce una consecuencia bien incisiva: si el control del endeudamiento por parte de las instituciones de la Unión había sido hasta entonces una cuestión de naturaleza puramente política, confiada a la dialéctica entre Consejo y Comisión, de la cual se había desvinculado el Tribunal de Justicia, sin embargo, tras la firma del Pacto Fiscal y con la introducción del equilibrio presupuestario en el ordenamiento interno, se convierte en un control de tipo jurisdiccional¹⁰⁶. Por una parte, el art. 8 del Pacto Fiscal atribuye al Tribunal de Justicia la obligación de verificar la incorporación del equilibrio presupuestario en los ordenamientos internos, por otra, el Preámbulo confiere al Tribunal de Justicia el poder de imponer el pago de una suma a tanto alzada o de una multa coercitiva al Estado miembro de la Unión Europea que haya incumplido una de sus sentencias. Se reconoce a través de estas previsiones el elevado riesgo de que, allí donde el equilibrio

impuestas por la Unión, ha condicionado las posteriores de la UE y de los Estados miembros». Así se expresa R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, en *Rivista AIC*, n. 3, 2011, pp. 4-6. Cfr., también, L. BESSELINK-J.H. REESTMAN, *The Fiscal Compact and the European Constitutions: 'Europe speaking German'*, en *Eur. Const. Law Rev.*, n. 8, 2012, pp. 1 ss.

105 G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, cit., p. 2; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit., pp. 24 ss. Cfr., también, V. FAGGIANI, *La costituzionalización del equilibrio presupuestario: entre spending review y garantía del nivel mínimo de las prestaciones sociales*, en *KorEuropa*, n. 4, 2014, pp. 9-10.

106 Cfr. G. RIVOSECCHI, *Il governo della politica economico-monetaria tra Bruxelles, Lussemburgo e Karlsruhe (a proposito di mutamenti delle norme dei Trattati sul governo dell'economia)*, en *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1, 2014, pp. 84-90.

presupuestario se haya transpuesto en el Estado miembro, mediante disposiciones de rango constitucional, el Tribunal de Justicia pueda ejercitar un condicionamiento directo sobre el ejercicio del poder constituyente¹⁰⁷ o, por lo menos pueda conocer de cuestiones prejudiciales de los jueces nacionales sobre la interpretación de las nociones contenidas en el Derecho de la Unión, referido en el mismo Pacto Fiscal¹⁰⁸. La cuestión cobra mayor importancia donde el equilibrio presupuestario, conforme se haya introducido en los ordenamientos nacionales y/o se haya reconstruido por la jurisprudencia de la Unión mediante sus intervenciones correctivas, pueda influir en las modificaciones realizadas por la Constitución y, por tanto, pueda causar una eventual posterior corrección de la Constitución de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal de Justicia¹⁰⁹.

La introducción por vía constitucional en el ordenamiento interno de la cláusula del equilibrio presupuestario, además, tendría el efecto de involucrar también a las justicias nacionales y, sobre todo, a los tribunales constitucionales en el control de la inobservancia de las restricciones presupuestarias por las leyes estatales y regionales y de los actos con fuerza de ley, terminando así de limitar la capacidad de intervención de las asambleas representativas en materia de política económica y para «preconiza[r] una recesión continuada que, partiendo de la neutralización de la política, llevará a la compresión de los derechos y después a la disolución del Derecho, sustituido por la mera fuerza del dominio económico»¹¹⁰. Este control,

107 F. FABBRINI, *The fiscal compact, the «Golden Rule», and the paradox of European Federalism*, en *Boston Coll. Int. Comp. Law Rev.*, n. 1, 2013, pp. 1 ss.

108 O. PORCHIA, *La Corte di giustizia dell'Unione europea e la governance economica europea*, en *Dir. Un. Eur.*, n. 3, 2013, pp. 607-608.

109 Se trata de un riesgo advertido por el *Conseil constitutionnel* (Décision n° 2012-653 DC del 9 de agosto de 2012, par. 30) que surge del intento de salvaguardar la autonomía interna (y no sólo la constitucional), instrumentalizando las obligaciones que se derivan de las disposiciones internacionales por medio de una descomposición del significado del art. 3 par. 2 del Pacto Fiscal. Según el *Conseil constitutionnel* la disposición coloca a los Estados frente a la alternativa de adoptar disposiciones vinculantes y permanentes, preferiblemente constitucionales, o de acudir a disposiciones «cuyo respeto fiel está de otro modo rigurosamente garantizado a lo largo de todo el procedimiento nacional del presupuesto». La segunda opción reconoce a los Estados la obligación de respetar la regla del art. 3 par. 1 del Pacto Fiscal mediante disposiciones de derecho interno pero, al mismo tiempo, excluye que su observancia se deba asegurar en el derecho interno mediante «una norma de una autoridad superior a la de las leyes». Sobre la decisión del *Conseil constitutionnel*, R. CASELLA, *Il Consiglio Costituzionale francese e il Trattato sul Fiscal compact*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 26.10.2012.

110 G. FERRARA, *Regressione costituzionale*, en *Il Manifesto*, 18.04.2012.

entre otras cosas, debería ser mucho más penetrante del originariamente ejercitado por la Comisión y por el Consejo y, ahora, gracias al Pacto Fiscal, también por el Tribunal de Justicia. Mientras todas estas instituciones puedan intervenir solamente «ex post» en el procedimiento de déficit excesivo, previsto en el art. 126 TFUE, la Corte constitucional podría invalidar el acto viciado por contraste con la disciplina constitucional del equilibrio presupuestario, incluso de manera preventiva respecto de la activación del procedimiento de déficit excesivo¹¹¹.

8. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

En la crisis económico-financiera la gobernanza económica de la Unión ha demostrado las carencias de su estructura original y, en consecuencia, la incapacidad del Derecho de la Unión de controlar el poder económico, a pesar de que el proceso de integración se ha construido, sobre todo, sobre la base de una concepción puramente económica. En vez de reconducir la política monetaria y la política económica, que respectivamente operaban a nivel supranacional y a nivel nacional, según el tradicional planteamiento de los Tratados, a la creación de un nuevo gobierno de la economía a nivel supranacional que mitigue o, mejor, colme el déficit democrático de la Unión, la crisis económico financiera parece alimentar y alargar esa tensión entre gobernanza económica e integración política.

Por otra parte, frente a la presión de los mercados y a la crisis de solvencia de algunos Estados miembros, las medidas de reformas de la gobernanza económica propagan el déficit democrático de la Unión al ámbito nacional. El régimen de los paquetes de ayuda a los Estados miembros en dificultades, marcado por el carácter de la condicionalidad, y las medidas de coordinación y vigilancia de las políticas económicas y presupuestarias, que vienen acompañadas de la previsión de sanciones de naturaleza casi automática, vulneran, de hecho, la separación entre política económica y monetaria porque privan de la capacidad de intervención en materia de política económica a las asambleas representativas nacionales y la relativa posibilidad de resolver, de acuerdo con procedimientos democráticos, el conflicto social interno, reforzando la posición de los ejecutivos nacionales en las sedes intergubernativas. Al mismo tiempo, continúan con la concepción racional de la economía modelada en los Tratados, dirigida a la salvaguardia de la estabilidad financiera y al restablecimiento del

111 D. MORGANTE, *Note in tema di «Fiscal Compact»*, en *Federalismi.it*, n. 7, 2012, p. 18.

correcto funcionamiento del mercado, más que a aliviar la visión absolutizante del monetarismo, mediante la relajación de la disciplina de los límites y de los mecanismos de control de las cuentas públicas y la relativización de la primacía del mecanismo competitivo del mercado¹¹².

Estando así las cosas, la nueva gobernanza económica, aun representando un cambio constitucional por haber previsto, por vez primera, algunos mecanismos de solidaridad, pero no por haber reportado el conflicto político y social a su dimensión más funcional, la supranacional, que pueda restituir actualmente al Derecho constitucional a su verdadera dimensión¹¹³, ha introducido «[u]na solidaridad parcial, que hasta entonces se había entendido en sentido “horizontal”, entre Estados, mediante recursos puestos a disposición por los gobiernos nacionales, y no de manera “vertical”, haciendo del presupuesto de la Unión un auténtico instrumento de gobierno de la economía y para el desarrollo común, como sería más coherente con un modelo federal de integración política y, ciertamente, necesario como propiamente exigiría el actual y gravísimo estancamiento económico»¹¹⁴.

A su vez, las restricciones presupuestarias, introducidas por el Pacto Fiscal, que han impuesto, también, la constitucionalización de la cláusula de equilibrio presupuestario en los ordenamientos nacionales, y los procedimientos de coordinación y de vigilancia de las políticas económicas y de las políticas fiscales de los Estados miembros de la Unión, cimentando la difusión de la cultura de la estabilidad financiera mediante la homogeneización de los sistemas nacionales, mortifican, primero, el debate parlamentario de las asambleas representativas nacionales y, después, provocan la recesión continuada de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales. Esto sucede especialmente en los Estados miembros más duramente golpeados por la coyuntura económica que, tras una ulterior pérdida de soberanía como consecuencia de los más rígidos límites al endeudamiento, no encuentran sólo la dificultad de perseguir sus propios fines y de llevar a cabo las prestaciones sociales para las clases más necesitadas¹¹⁵, sino que tropiezan con el riesgo, mucho más grave, de la quiebra frente a la soberanía del mercado¹¹⁶.

112 G. MAESTRO BUELGA, *La crisis monetaria y financiera de la Unión europea*, cit., pp. 54-55.

113 F. BALAGUER CALLEJÓN, *La crisi costituzionale in Europa*, cit., p. 20.

114 A. MORRONE, *Una Costituzione per l'Europa? Per uno Stato costituzionale europeo*, en *Federalismi.it*, n. 23, 2014, p. 5.

115 J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Einaudi, Torino, 1973.

116 G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 33 ss.

Resumen

En la crisis económico-financiera la gobernanza económica de la Unión ha demostrado las carencias de su estructura original y, en consecuencia, la incapacidad del Derecho de la Unión de controlar el poder económico, a pesar de que el proceso de integración se ha construido, sobre todo, sobre la base de una concepción puramente económica. En vez de reconducir la política monetaria y la política económica, que respectivamente operaban a nivel supranacional y a nivel nacional, según el tradicional planteamiento de los Tratados, a la creación de un nuevo gobierno de la economía a nivel supranacional que mitigue o, mejor, colme el déficit democrático de la Unión, la crisis económico financiera parece alimentar y alargar esa tensión entre gobernanza económica e integración política. Este trabajo se ocupa de analizar cómo se ha ido generando paulatinamente esta espiral.

Palabras clave: *Gobernanza económica, Constitución, Derecho de la Unión, Crisis*

Abstract

In the economic and fiscal crisis, the economic governance of the Unión has pointed out the original lacks of the Unión and its incapacity to regulate the economic power, although the integration process was built, for all, on an economic conception. Not being able to redirect the situation to a new economic government of supranational dimension, mitigating the democratic deficit, the crisis feeds and extends the tension between economic governance and political integration.

Keywords: *Economic Governance, Constitution, European Union, Crisis*

Recibido: 21 de diciembre de 2016

Aceptado: 21 de enero de 2016



Artículos





CINCO CRISIS EUROPEAS -POSIBILIDADES Y LÍMITES DE UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL PARA EUROPA*

Profesor Dr.Dr.h.c. mult. PETER HÄBERLE

*Director del Bayreuther Institutes für Europäisches Recht und Rechtskultur y de la Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht.
Universidad de Bayreuth (Alemania)*

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La crisis financiera y la crisis del euro (2007-10). Una crisis parcialmente superada.
3. La crisis de la emigración en el Mediterráneo –Italia como sufriente–.
4. La crisis ucraniana –la ausencia de organismos europeos–.
5. La crisis griega –¿gexit?– la unilateralidad de la política alemana de salvamento.
6. Las nuevas migraciones hacia Europa (2015).
7. El escándalo ante la falta de solidaridad en Europa.
8. Las fronteras europeas como tarea estatal –un planteamiento científico cultural–.
9. El derecho de asilo en perspectiva comparada –¿límites inmanentes para Alemania?.
10. Límites a las ciencias europeas –autolimitación–.

1. INTRODUCCIÓN

Las crisis han sido habituales en Europa: recordemos a título de ejemplo la política «gaullista» de la «silla vacía» durante los primeros años de la Comunidad (1965/66) o el fracaso del Tratado constitucional (2005). Lo llamativo de los últimos tiempos es que simultáneamente han surgido al menos cinco crisis. Su superación dependerá en parte de la capacidad de actuación y visión de los de futuros líderes europeos, tal y como hicieron en su momento A. De Gasperi, K. Adenauer, F. Mitterand y H. Kohl; hoy, por desgracia, todavía no contamos con esos líderes. Lo mismo hemos de decir para los «juristas europeos», que tan necesarios son, y que han de seguir el modelo de W. Hallstein y J. Delors.

En estas circunstancias, es casi surrealista recordar que Europa recibió el premio nobel de la paz en 2012. Quizá lo hubieran merecido antes otras instituciones. En es-

* Para el profesor Vergottini. Cerrado al 15 de noviembre de 2015. Se han hecho mínimas precisiones en referencia al referéndum británico.

pecial, la Europa del Consejo de Estado y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Europa en sentido amplio), que persiguen conscientemente y con éxito su propio camino. Basta con pensar en la Convención marco de Faro, de 2005, relativa al valor de la herencia cultural¹. O en el CEDH, «living instrument» que ha madurado hasta ser una porción de la Europa constitucional; hoy es una Constitución parcial porque recoge muchos de los valores que necesita una comunidad política para durar en el tiempo. Por otro lado, el Tribunal de Justicia² también ha obtenido grandes logros en la Unión (nuestra Europa en sentido estricto): hace progresar paso a paso el proyecto de integración con una creación del derecho pretoriana y de corte comparada. No obstante, algunas decisiones merecen ser criticadas, como, por ejemplo, el reciente rechazo al ingreso en el CEDH (Opinión 2/13³). Con todo, voces como las de R. Herzog («paremos al Tribunal de Justicia») son todavía minoritarias.

En las páginas que siguen daré cuenta de los principales elementos de las crisis actuales. Luego, al modo de un repositorio científico, expondré algunos puntos esenciales de la teoría constitucional, que deberían a medio plazo, domar la crisis. Para ello ha de renovarse la visión europea clásica (por ejemplo, la idea de la «casa común europea» donde se habría de integrar también a Rusia).

Primera parte: el estado de la cuestión –una mirada a los errores de los 28 en la Unión Europea–

2. LA CRISIS FINANCIERA Y LA CRISIS DEL EURO (2007-10). UNA CRISIS PARCIALMENTE SUPERADA

Echando la mirada a atrás, esta crisis⁴ pertenece hoy al tipo de crisis superada, pues gracias a los mecanismos de estabilidad diseñados en 2012, países como Irlan-

1 C.F. GERMELMANN, «Kulturelles Erbe als Menschenrecht?», *DÖV*, 2015, p. 853 (857).

2 Al respecto en la bibliografía: J. KOKOTT/C. SOBotta, «Der EuGH – Blick in eine Werkstatt der Integration», *EuGRZ*, 2013, p. 465 y ss.; M. KOTZUR, «Wider den bloßen Verdacht – zur grundrechtssichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit», *EuGRZ* 2014, p. 589 y ss.; K. LENAERTS, «In Vielfalt geeint/Grundrechte als Basis des europäischen Integrationsprozesses», *EuGRZ*, 2015, p. 353 y ss

3 Ya antes se había dado un tratamiento bibliográfico, J. POLAKIEWICZ, «Der Abkommenentwurf über den Beitritt der EU zur EMRK», *EuGRZ*, 2013, p. 472 y ss.; el dictamen se encuentra en *EuGRZ* 2015, p. 30 y ss.; criticado por C. TOMUSCHAT, «Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral», *EuGRZ*, 2015, p. 133 y ss.

4 Al respecto M. RODI, «Machtverschiebungen in der EU im Rahmen der Finanzkrise und Fragen der demokratischen Legitimation», *JZ*, 2015, p. 737 y ss.

da, Portugal, España o Chipre han encontrado protección; incluso Irlanda, ya ha dejado en parte de necesitar esta protección. Como es sabido, el Tribunal Constitucional Federal Alemán controló y dio su autorización al mecanismo de estabilidad en una famosa sentencia (E 135, 317), ampliamente comentada. La verdad es que la mayoría de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre Europa han interesado al resto de tribunales y, sobre todo, a la literatura científica. Recordemos la muy criticada decisión Maastricht (E 89, 155)⁵ o la no menos dudosa sentencia Lisboa (E 123, 167)⁶. Por último, no se ha de olvidar la decisión OMT (E 134, 366), con la que se formuló una cuestión prejudicial.

Desde otro punto de vista, la convocatoria del referéndum en Gran Bretaña para la salida de la Unión fue irritante. Ciertamente, el Premier británico buscó reformas, por ejemplo, el reforzamiento de los parlamentos nacionales y de los países fuera del euro, así como frenar la profundización de Europa, pero se han demostrado insuficientes. Ya solo queda lamentar la salida de la Unión de la democracia parlamentaria británica.

3. LA CRISIS DE LA EMIGRACIÓN EN EL MEDITERRÁNEO –ITALIA COMO SUFRIENTE–

El programa migratorio actual en verdad comenzó hace tres años con la llegada de miles de personas a Italia, en especial a Lampedusa, a través del Mare Nostrum. Italia ha salvado miles de vidas humanas gracias a sus servicios de vigilancia y a la asistencia municipal. Pero no es menos cierto que han muerto muchos de los que viajaron en paupérrimos cayucos enviados por bandas criminales (contra las que ahora se combate) hacia el «mar de la muerte». La Unión ha reaccionado de manera titubeante, pese a que lanzó la operación «Mare Nostrum», que finalmente haría suya el Frontex; sin embargo, su programa era limitado, por lo que Italia critica la falta de solidaridad de Europa, al afrontar casi en solitario, desde un punto de vista humano y financiero, esta marea humana proveniente principalmente de África. Los políticos europeos guardan minutos de silencio frente a los féretros de los ahogados, pero les falta solidaridad práctica (personal, institucional y financiera). No en vano, muchas de las peticiones de ayuda de los políticos italianos han quedado sin respuesta hasta hoy. Europa tiene aquí una oportunidad para convertir el «Mare nostrum» de los antiguos en el «Mare nostrum constitucional». Esta fue la idea en el marco

5 Al respecto J. H. H. WEILER, «Der Staat über alles», *JöR* 44, 1996, p. 91 y ss.

6 Véase P.HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 7.^a ed, 2011, p. 713 y ss.

del Proceso de Barcelona y más aún tras la prometedor Primavera árabe de 2011, que abrió la esperanza de transformar los Estados árabes en Estados constitucionales⁷. Hoy, por desgracia, tenemos una imagen devastadora: un «invierno europeo» (solo en Túnez ha triunfado un Estado democrático y de derecho, lo cual justifica que se diese el premio nobel de la paz a cuatro representantes de la sociedad civil de este país). Egipto, como Sísifo, ha vuelto a la dictadura militar pese al excelente texto constitucional de 2014. Libia se encuentra en mitad de una guerra civil y es un «Estado fracasado». Siria continúa en llamas y se ha convertido en el lugar de batalla entre Rusia y Occidente. Siria pierde su población a través de la ruta balcánica (pasando por Turquía y Grecia). Oriente medio amenaza con una nueva intifada. Y en honor a Turquía ha de decirse que ha acogido a muchos exiliados, por más que ahora reclame un precio. A Alemania le gustaría combatir el origen de la crisis migratoria con dinero, pero Turquía exige tres mil millones de euros. En fin, ante la isla de Lesbos siguen muriendo muchos emigrados sirios. Lleva razón el presidente griego A. Tsipras, cuando afirma que todo esto es una vergüenza europea (noviembre 2015).

4. LA CRISIS UCRANIANA –LA AUSENCIA DE ORGANISMOS EUROPEOS–

Justo después de la anexión de Crimea a Rusia (2014) –contraria al derecho internacional– comenzó una invasión encubierta del este de Ucrania, dirigida por el Presidente Putin. Los rebeldes tomaron ciudades del este de Ucrania tras una terrible guerra, un conflicto que solo se ha congelado provisionalmente tras el Acuerdo de Minsk (2014/15). Echando la mirada atrás cabe preguntarse si Europa careció de sensibilidad en sus planes de asociación con Ucrania y su integración a la OTAN. Sin duda, quien concibió estos proyectos demostró ignorar la mentalidad del presidente Putin. Con todo, debe reconocerse el esfuerzo de Alemania, Francia y Rusia para alcanzar la paz, incluso si los rebeldes, pro-rusos separatistas, desarrollan una política de hechos consumados (la OCDE hizo mucho en 2015 bajo la presidencia de Suiza, en 2016 Alemania asumió la responsabilidad).

Desde el punto de vista de una teoría constitucional comparada ha de reconocerse se podía haber desplegado a tiempo un modelo jurídico integrador: se le debería haber ofrecido a los territorios en el este de Ucrania un paso hacia la autonomía en el sentido de un regionalismo diferenciado. Hay ejemplos de esto en Italia (desde

⁷ Véase mi trabajo «Der Arabische Frühling (2011)-in den Horizonten der Verfassungslehre als Kulturwissenschaft», *JöR* 60, 2012, p. 605 y ss.

1947) o en las Comunidades Autónomas españolas (desde 1978). Una administración autónoma intensa y el respeto a la lengua, historia y cultura rusa, hubieran sido los elementos clave. Se debería de haber dado autonomía cultural en las escuelas, instituciones educativas y en los medios de comunicación. En este sentido se habla a menudo de regionalismo diferenciado o «estructuras prefederales»: en cualquier caso, la ciencia dispone de modelos para realizar los deseos de autosuficiencia del este de Ucrania en el marco de una Ucrania unida. Sería incluso posible que a largo plazo se convirtiera en un país de la Unión, permaneciendo neutral (como es el caso de Austria). Sin embargo, de ninguna manera debería extenderse la OTAN hasta Ucrania, pues esta asociación de protección común debe reducirse a los países libres del occidente europeo. Por otro lado, es criticable que los órganos de la Unión no estuviesen políticamente presentes en la crisis ucraniana (ni el Consejo, ni la Comisión –a la que Juncker quería darle un perfil político–, ni la Alta Representante de la Unión para asuntos exteriores, de manera que los únicos actores han sido los Estados nacionales, y el ondear de banderas fue un síntoma de la situación de crisis de la Unión, que empuja a una ¿renacionalización o caída de la Unión? No en vano, la famosa finalidad de la Unión como «una unión más estrecha entre los pueblos de Europa» ha sido criticada ocasionalmente incluso en Europa⁸, y fue una queja habitual del primer ministro británico D. Cameron (10 de noviembre de 2015).

5. LA CRISIS GRIEGA –¿GREXIT?– LA UNILATERALIDAD DE LA POLÍTICA ALEMANA DE SALVAMENTO

Es bien sabido que en Grecia se ha padecido una crisis especialmente severa. Comenzó en 2010 con la revelación de un déficit presupuestario mucho más elevado del conocido. De manera inmediata tuvieron lugar reuniones del Eurogrupo y del Consejo Europeo (lo que se ha echado en falta con la crisis de los emigrados). Lo económico dominó todo y la pregunta versó sobre si Grecia debía permanecer en la Eurozona o debería salir provisionalmente (¿Grexit provisional?). La Canciller Merkel declaró: «si acabamos con el Euro, acabamos con Europa», lo cual es dudoso desde muchos puntos de vista. En cualquier caso, cuanto más importante sea la Unión europea para los Estados constitucionales europeizados, más limitado será el significado económico del euro para el conjunto de Europa. Creo que también son

8 Cfr. J. HAUCAP/S. KOOTHS U.A., «Plädoyer für ein konföderales Europa..., Warum ein Staatenverbund die bessere Lösung wäre», *Frankfurt Allgemeine Zeitung* (desde ahora *FAZ*) de 6 de noviembre de 2015, p. 16.

muy importantes «Schengen», «Dublin», símbolos como la bandera o el himno de Beethoven, así como el Consejo de Europa o la OCDE.

Después de intensas negociaciones, Grecia se enfrentó a un duro programa de ahorro y reformas. Los críticos, en mi opinión con razón, señalaron que se debería de haber seguido una doble estrategia: por un lado, un programa de inversiones inspirado en el modelo del Plan Marshall (1945: inversiones en infraestructura, educación y formación), de otro lado un programa de reformas y ahorro (una administración eficaz y el castigo de los evasores). En cualquier caso, la Eurozona ha tenido poca sensibilidad con las autopercepción de los griegos y con la gran narrativa de Europa como comunidad de paz y de derechos, olvidándose en el día a día su dimensión de futuro. Es sorprendente, la escasa memoria del espacio público europeo por los temas de actualidad: la llamativa y duradera crisis griega, ha caído en el olvido en cuanto ha aparecido otra nueva crisis. En cualquier caso, el Gobierno federal alemán debería preguntarse si es consciente de cuánto debe Alemania a la cultura griega. ¿Nos es conocida en términos culturales Atenas, Roma y Weimar? Entre los valores ahora ya solo se destaca al Euro; no en vano, durante la crisis, ningún político alemán ha hablado de la dimensión cultural o humanitaria de la ayuda a Grecia.

6. LAS NUEVAS MIGRACIONES HACIA EUROPA (2015)

Seguramente el reto más grande para la Unión, así como para los políticos y juristas europeos sean las migraciones procedentes de Asia, Arabia, África, Turquía o los Balcanes. Se ha de reconocer el ímpetu humanitario de la canciller alemana, Angela Merkel, cuando una noche de septiembre de 2015, con el lema «nosotros lo lograremos», dejó entrar sin registro previo a los refugiados de Hungría, Croacia y Austria: esta llamada, pese a sus consecuencias imprevistas, todavía no se ha precisado, en el sentido de formular límites o una declaración en la que se diga «nosotros lo lograremos pero hasta cierto punto».

La señora Merkel se ha limitado hasta ahora a invitar a todos los refugiados; se ha de reconocer su humanitarismo, pero necesita dosis de realismo. Entretanto fluyen hacia Alemania miles de refugiados y solicitantes de asilo (en noviembre de 2015 vinieron diariamente 5000 refugiados, y hasta final del año 2015 llegaron aproximadamente un millón). Algunos Estados de la Unión, como Hungría, Croacia y quizá Eslovenia, vulnerando el ordenamiento, cierran sus fronteras por razones de necesidad. Otros como Austria simplemente despiden sin más a los refugiados. En vano, Alemania reclama solidaridad europea y fijar un reparto justo (¿duradero?) de la carga entre los veintiocho (cuotas de emigrantes). Los municipios alemanes, sobre todo los de Baviera, no solo desarrollan una cultura de bienvenida, sino que

también ofrecen una impresionante eficacia administrativa, a la vez que muestran a una sociedad civil ejemplar, que apoya con trabajo gratuito y contribuyendo a la financiación. Por desgracia, tanto en Alemania como en Suecia (que ha modificado su política, desanimando preventivamente el viaje de los emigrantes) encontramos la quema de centros de acogida (los partidos populistas de derecha olfatean una nueva oportunidad, especialmente en Francia, Bélgica y Alemania). Por lo demás, muchos Estados de la Unión se muestran remisos a aceptar un número razonable de refugiados (a menudo los acuerdos no se cumplen). Esto ocurre, sobre todo, en Europa del Este (Polonia, Hungría, Chequia), pero también en Francia y el Reino Unido.

Alemania, decidiendo unilateralmente, ha vulnerado las reglas de Schengen y el régimen de Dublín, vulneración que profundiza en la inobservancia del derecho que ya fue avanzada por J. Chirac y G. Schröder (vulneración del Pacto de estabilidad y crecimiento en 2002/3). Una quiebra de tal tipo de la conciencia jurídica en el campo del derecho constitucional europeo tendrá consecuencias duraderas y, por ello, debería ser claramente denunciada por los científicos europeos. La pequeña cumbre sobre los refugiados en Bruselas (25 de octubre de 2015) solo reunió a 11 Estados de la Unión. Quedaron sin participar países fuera de la Unión como Serbia y Albania, o grandes países como Alemania y el Reino Unido. Esto es otra prueba del fracaso de la Unión y sus Estados miembros, que, de acuerdo con los diecisiete puntos del plan de J.C. Juncker, solo tienen pequeños planes (ninguna política sobre una mejor cooperación, más funcionarios de fronteras, rápido retorno de los refugiados, dirección de las corrientes migratorias). Incluso el propio J.-C. Juncker declaró: la Unión necesita «más Europa» y no «más Unión». Sin duda, la integración no es un fin en sí mismo; sirve a los seres humanos y a los ciudadanos. Pero, ¿cómo habría de ser esa «más Europa»? ¿Un gobierno de la economía? ¿Una mejor administración exterior, por ejemplo, en los Balcanes? ¿Impuestos europeos? A la luz de la crisis, el ciudadano europeo todavía no avizora este futuro, aunque, sin duda, la elección directa –de facto– del presidente de la Comisión J.-C Juncker (2014) ha sido un acierto para la democracia en Europa.

Segunda parte: posibilidades y límites de una teoría constitucional para Europa

A continuación, se tratarán una serie de puntos, a través de los cuales las ciencias europeas (en plural) podrían y deberían ser útiles, sino para superar las crisis, si para domarlas o frenarlas⁹. Solo es factible un elenco, pero en conjunto

9 En la prensa podemos encontrar: U. FASTENRATH, «So nicht-aber wie?», *FAZ* de 29 de octubre de 2015, p. 8; M. NETTESHEIM, «Ein Vakuum darf nicht hingenommen werden», en el mismo

ofrecerán un «hic Rhodus, hic salta» para el derecho constitucional europeo y las ciencias jurídicas europeas. Por último, se ha de producir, al menos teóricamente, una conjunción con otras ciencias afines, como la historia cultural europea o la ciencia económica.

Sin duda, en los últimos años, la economía política ha perdido mucha credibilidad debido a la crisis europea; convendría por ello proponerle que se esforzara en buscar un mercado democrático y no una democracia de mercado; el mercado no es la medida de todas las cosas –tampoco en Europa–; por muy importante que sea, solo tiene un significado instrumental. No todo tiene que ver con el mercado; la premisa cultural antropológica de Europa es la dignidad y la lucha por la paz, el derecho y la democracia, lo cual solo se puede perseguir desde presupuestos culturales¹⁰. La doctrina constitucional batalla por una buena Constitución, que compare la historia cultural y su presente, esto es, la evolución escalonada de sus textos. La comparación constitucional es el quinto elemento de la interpretación, y Europa vive de un ensamble de Constituciones parciales, compuesta por los documentos constitucionales de la Unión y del Consejo de Europa. Todo esto debe ser expuesto al ciudadano a través de una determinada narrativa, cosa que no hacen ni los políticos alemanes ni los políticos de Bruselas. La muy citada pluralidad cultural de Europa ha de ser el fundamento frente a la globalización.

7. EL ESCÁNDALO ANTE LA FALTA DE SOLIDARIDAD EN EUROPA

El elenco de las cinco crisis ha puesto de manifiesto cuánta solidaridad europea se echa en falta. El concepto al menos forma parte de los textos constitucionales europeos (compárese el art. 2.2 y el 21 del TUE, o el art. 222 del TFUE que reclama una cláusula de solidaridad –«un espíritu de solidaridad» ante el terrorismo y las catástrofes; véase también el art. 3.3. del TUE: solidaridad intergeneracional; art. 4.3 TUE: principio de la cooperación leal)–. Sin embargo, mientras que la solidaridad referida a los ciudadanos en la Carta de derechos fundamentales tiene su propio capítulo (Tit. IV), la solidaridad entre Estados miembros solo se regula en los artículos citados. Finalmente, la solidaridad como concepto de la comunidad constitucional europea posee raíces sociales y éticas. Obliga a que todos los órganos europeos se ofrezcan un apoyo mutuo.

periódico y día; véase también la encuesta «Pérdida de control-la preocupación de los ciudadanos crece», FAZ de 21 de octubre de 2015, p. 8.

10 En este sentido mi escrito, *Der kooperative Verfassungsstaat-aus Kultur und als Kultur, Vorträge zu einer universalen Verfassungslehre*, 2013.

8. LAS FRONTERAS EUROPEAS COMO TAREA ESTATAL –UN PLANTEAMIENTO CIENTÍFICO CULTURAL–

Los elementos del Estado, con la distinción entre pueblo, territorio y poder público, son un patrimonio común desde la doctrina clásica de G. Jellinek (1900). G. Durig¹¹ se atrevió a proponer la cultura como cuarto elemento (1954). Yo mismo he intentado reescribir los elementos estatales, situando a la cultura en el primer lugar¹². Con la repentina apertura de las fronteras alemanas (ilícita, pero humanitaria), la teoría constitucional comparada debe preguntarse por los límites del Estado y del territorio.

Europa creó fronteras abiertas siempre que los solicitantes de asilo y otros refugiados se registrasen previamente en el país a través del cual ingresaban en la Unión. Como es sabido, este sistema se ha roto (se teme que si Alemania cierra sus fronteras, se produzca un atasco con efecto dominó). La inmigración masiva, que quizá tenga un ejemplo temprano en las migraciones de la antigüedad, desde el norte al este de Europa, nos plantea las siguientes preguntas: ¿debe pelear el Estado constitucional por defender su propia identidad cultural, cuando es amenazada por una inmigración de esta naturaleza?, porque, sin duda, el territorio sigue siendo relevante en el mundo de las fronteras abiertas (compárese el art. 4.2 del TUE, que ordena el respeto a las funciones esenciales del Estado, en especial la garantía de la integridad territorial). Si pensamos en los acontecimientos de París, ¿en qué medida pueden tolerarse «sociedades paralelas»? ¿Está en Alemania amenazada la integración social, lograda primordialmente a través de la cultura? La lengua alemana es un bien cultural, al igual que lo es la paz y la seguridad pública, cuestiones que tienen una ubicación territorial, como los sistemas sociales o educativos.

En definitiva, las fronteras territoriales, esto es, el territorio estatal, tienen valor constitucional¹³. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su famosa «Flughafenentscheidung» (E 94, 166 (198 y ss.)) dispuso en 1996: «las fronteras están dispuestas en el ordenamiento para impedir la libre circulación. Todo Estado posee legitimidad para limitar el acceso a su territorio y establecer criterios que justifican el

11 G. DÜRIG, «Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither», *VVDStRL*, 13, 1955, p. 27 (p. 37 y ss.). – Más tarde la monografía de D.-E. KHAN, *Die deutschen Staatsgrenzen*, 2004; H.-D. HORN, «Der Staat und “sein” Gebiet: eine durch Rechtsgrenzen gesicherte Schicksalsgemeinschaft», em G. GORNIG/H.-D. HORN (coord.), *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit*, 2015.

12 Véase mi trabajo *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, p. 631 y ss.

13 Véanse mis trabajos, «Das Staatsgebiet als Problem der Verfassungslehre», *FS Batliner*, 1993, p. 393 y ss.; y *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.ª ed., 1998, p. 647.

acceso de los extranjeros [...]. El espacio territorial de Alemania no es accesible para los solicitantes de asilo que viajan indocumentados». Europa, en tanto que espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 3.2 TUE) necesita de un territorio (art. 3.2, art. 21). Por ello, el concepto de identidad cultural impele a los académicos del derecho constitucional (véase art. 167 TFUE), pues también hoy, pese a encontrarnos en un Estado constitucional abierto, existe la misión de proteger la cultura, sea homogénea o multiétnica, frente a las amenazas exteriores. La capacidad de integración de una comunidad política tiene sus límites, por muy buenas intenciones que se tengan. En concreto, no se debe sobrecargar (alejar) a un país en términos sociales y culturales mediante una inmigración masiva. Los conflictos sociales amenazan en algunas regiones (sobre todo en Baviera) con una situación de necesidad en términos de infraestructuras. ¿Existe aquí el riesgo de una radicalización del islamismo interno y de la infiltración de radicales islamistas?

No debemos olvidar que la inmigración en un espacio cultural es un proceso a largo plazo, como refleja el ejemplo histórico en la Prusia del siglo XVIII de los hugonotes alemanes (¡A. von Chamisso y F.C. Savigny!) o los alemanes de los Sudetes que se establecieron en Baviera en 1945 (la «cuarta raíz» de Baviera), en la integración de los trabajadores extranjeros de los cincuenta, o los refugiados del Este de Europa en los noventa. Todo esto no se debe oscurecer bajo una cuenta económica de costes-beneficios.

9. EL DERECHO DE ASILO EN PERSPECTIVA COMPARADA –¿LÍMITES INMANENTES PARA ALEMANIA?

El tratamiento del derecho de asilo en la doctrina comparada consiste en distinguir entre los solicitantes de asilo y otro tipo de emigrantes (por ejemplo, los de naturaleza económica –supuestamente de ellos se puede esperar integración e incorporación en el modo de vida alemán–). Actualmente, en Alemania se discute si es necesaria una nueva ley de inmigración. Desde un punto de vista comparado, son muchos los países que han tomado esta decisión, como por ejemplo Canadá (dando puntos en relación a la lengua o la formación). Se hace preciso, sin embargo, una revisión de las normativas nacionales sobre derecho de asilo a la luz de los catálogos de derechos fundamentales. En Alemania rige desde 1949 el artículo 16 que de forma lapidaria dispone: «los perseguidos políticos disfrutarán del derecho de asilo» (utilizado también en la Constitución de Brandeburgo de 1992). Responde claramente a una parte de nuestra historia, a la luz del nacismo y de la RDA.

Por otro lado, el nuevo artículo 16.a se debe al compromiso de asilo de 1993. Lingüísticamente es un armatoste y su contenido es de gran complejidad (la clave fue no conceder derecho de asilo a aquellos que huían de países seguros, como, por ejemplo, los Balcanes). La doctrina, acertadamente, lo califica como un derecho humano y lo toma como ejemplo de un «derecho fundamental europeizado» (F. Wittreck¹⁴). Además, el artículo 16.a se ha convertido por medio de la legislación y de la jurisprudencia en ejemplo de un derecho fundamental que evoluciona desde la «organización y el procedimiento» para pasar a ser un derecho prestacional («status activus processualis») ¹⁵⁻¹⁶. La referencia al derecho europeo e internacional dota de complejidad al derecho, que en todo caso, desde el punto de vista textual, carece de reserva de ley, de modo que puede limitarse por el legislador o por otros derechos fundamentales. En este sentido, no deja de ser singular una garantía como la del derecho de asilo que necesita ser regulada, pero que carece de reserva de ley. Muchas Constituciones del Este de Europa reservan a la ley el derecho de asilo (art. 27 de la Constitución de Bulgaria de 1991, art. 56 de la Constitución de Polonia de 1997, art. 18.2 de la Constitución de Rumanía de 1991, art. 48 de la Constitución de Eslovenia de 1991 y parágrafo 65 de la vieja Constitución húngara de 1949/97, y, sorprendentemente recogida en la nueva Constitución húngara de 2011). En las Constituciones de Europa occidental lo encontramos en el artículo 16.3 de la Constitución italiana (1947), que garantiza el derecho de asilo «conforme a su determinación legislativa»; el artículo 33.2 de la Constitución de Portugal (1976) que garantiza el derecho de asilo bajo reserva judicial, mientras que el artículo 13.4 de la Constitución española (1978) lo hace bajo reserva de ley.

14 F. WITTECK, en H. DREIER (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, 3.ª ed., Vol. I, 2013, Art. 16 a Rd.Nr. 39. Desde una perspectiva crítica: L. MICHAEL/M. MORLOK, *Grundrechte*, 4.ª ed., 2014, p. 215.

15 Véase al respecto mi trabajo P. HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL*, 30, 1972, p. 43 y ss. –en la rica jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BverfG–: E 9, 174 –persecución política–; E 54, 341 –asilo económico–; E 56, 216 –protección jurídica en el procedimiento de asilo–; E 94, 49 –tercer Estado seguro–; E 94, 115 –Estado de origen seguro–; E 94, 166 –procedimiento en aeropuertos–; E 116, 229 –ley de asilo–.

16 La coalición de gobierno en Berlín tiene dificultades para establecer un procedimiento de asilo que sea practicable en el día a día. Se habla de zonas de tránsito y registro sin verjas; reducción de prestaciones por vulneran determinadas obligaciones; limitación de la reagrupación familiar de los sirios (noticias entre el 5 y el 9 de noviembre de 2015).

Hemos de plantearnos si existen límites no escritos pero inmanentes en el artículo 16.a de la Ley Fundamental. Es un asunto discutido por la doctrina alemana¹⁷; en términos generales se puede sostener que no hay derechos fundamentales absolutos y que cada derecho fundamental se integra en el marco de valores de la Ley fundamental, en especial en los derechos fundamentales de los otros. En virtud de esta construcción existe un límite infranqueable para los solicitantes de asilo en Alemania, a la luz de la paz pública, los valores encarnados en los derechos fundamentales y en especial los principios constitucionales de los derechos de los ciudadanos. En cualquier caso se requiere una cuidadosa ponderación. Que muchos países extranjeros sitúen el derecho de asilo bajo una reserva de ley, invita a pensar en ciertos límites inmanentes, aunque quepan argumentos en contra. Sea como fuere, quizá a través de una política de pequeños pasos, se pueda en Alemania llegar a limitar el número de solicitantes de asilo.

Esta ojeada de derecho comparado sobre el asilo nos lleva finalmente al artículo 3.2 del TUE o al 78 del TFUE que podrían referirse a «oleadas de emigrantes» o a situaciones de necesidad como «la repentina afluencia de ciudadanos de terceros Estados» – para las que el Consejo Europeo podría adoptar medidas preventivas a solicitud de la Comisión. Sin embargo, hay poco que esperar en este sentido dada la división entre los Estados miembros y los órganos de la Unión (otro fracaso de la Unión). Debe citarse también el artículo 18 de la Carta, que reconoce el derecho de asilo de acuerdo con el Tratado de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967. El Protocolo número 24 de 1997 en cuestión de asilo también es de gran importancia, pese a que contiene un preámbulo y un solo artículo. Por último, en el plano internacional debe tenerse en cuenta el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14).

10. LÍMITES A LAS CIENCIAS EUROPEAS –AUTOLIMITACIÓN–

Los límites a las ciencias europeas en el sentido señalado se distinguen a partir de una serie de descriptores. Crisis como la «nueva emigración de pueblos» impactan con tanto ímpetu en la vida política, que cualquier jurista descubre en los modestos medios de su disciplina barreras evidentes a la hora de definir el fenómeno. El derecho, en cuanto praxis y ciencia, a menudo solo puede dirigir

17 Compárese por un lado, F. HUFEN, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 4.ª ed., 2014, p. 322, «que rechaza la existencia de límites inmanentes»; por otro lado, F. WITTRECK, op. cit., ap. 74 y ss., sobre «los límites no escritos que se han desarrollado por la jurisprudencia y la praxis».

a posteriori, corrigiendo cuidadosamente. No debemos sobreestimar nuestras capacidades como juristas. Lo que está claro es que Europa debe volver a reorientarse a partir de sus valores clásicos y vivirlos de manera práctica, renovando su contrato social y su consenso fundamental. Los Estados no pueden evitar operar como Estados cooperativos y no pueden renunciar a la Unión. Los valores constitucionales fundamentales (hoy día «textos clásicos de la vida constitucional»¹⁸) se encuentran a menudo en los grandes preámbulos: recuérdese el del Tratado de la Unión «inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho», o el Tratado de Funcionamiento cuando declara «decididos a promover el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización», o, finalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos «resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal». Europa se enfrenta a una tarea común de especiales dimensiones, que puede haber alcanzado su clímax en la suma de las últimas crisis. Recuérdense aquellas hermosas palabras del poeta F. Hölderin: «Donde existe el riesgo, crecen los salvadores». Un texto clásico como este puede salvar a la comunidad constitucional europea, no solo excepcionalmente, sino también en su vida cotidiana. T. Mann exigió hace mucho tiempo «una Alemania europea». Los alemanes sabemos lo mucho que importa la «Italia europea»; y lo mismo puede decirse para España¹⁹, de la que esperamos que no pierda a Cataluña por una mera decisión unilateral, lo que sería una vulneración del derecho constitucional español y del europeo. No ha de olvidarse que el Tribunal Constitucional español se ha esforzado en un diálogo

18 P. HÄBERLE, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981; W. BÖTTCHER (coord.), *Klassiker des europäischen Denkens*, 2014.

19 Cfr. M. AZPITARTE, «Das europäische Spanien», *JöR*, 56, 2008, p. 479 y ss. Otros trabajos procedentes de la «nueva escuela de Granada»: F. BALAGUER/M. AZPITARTE, «Das Grundgesetz als ein Modell und sein Einfluss auf die spanische Verfassung von 1978», *JöR*, 58, 2010, p. 15 y ss.; F. BALAGUER, «Der Beitrag Spaniens zur europäischen Rechtskultur», *JöR*, 52, 2004, p. 11 y ss. Por último, F. BALAGUER, en F. BALAGUER/S. PINON/A. VÍALA, *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'europe*, 2015, p. 13 y ss.

entre Tribunales²⁰. El «concierto europeo» saca a la luz muchas voces. Sin duda, son distintas, pero todas ellas están al servicio de la «partitura común europea». Europa debe ser enseñada como un objetivo educativo en las escuelas, como un valor en las Universidades y como un objetivo estatal en la praxis política. Se requieren científicos europeos. La doctrina constitucional europea debe ser en el futuro posible y real.

Resumen

El ensayo da cuenta de las cinco crisis que aquejan a Europa (primera parte). A continuación se discute sobre las posibilidades y límites de la teoría constitucional en Europa –todo esto a la luz de mi teoría constitucional elaborada con una perspectiva cultural desde 1982–. Estas reflexiones conducen a analizar los límites de la ciencia europea (segunda parte).

Palabras clave: Unión Europea, crisis, teoría constitucional

Abstract

This paper tries to describe the five crises that hit Europe (first part). Then, the essay goes through the possibilities and the limits of constitutional theory in Europe –all of that under Peter Häberle's theory of cultural constitutional law, built since 1982. These reflections move on to understand the limits of European science.

Keywords: European Union, crisis, constitutional theory

Recibido: 15 de octubre de 2015
Aceptado: 15 de noviembre de 2015

20 Véase K. HERZMANN, «Das spanische Verfassungsgericht und der Fall Melloni», *EuGRZ*, 2015, p. 445 (445, 451).

SOBRE UN ACERCAMIENTO DIALÓGICO AL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO*

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

*Catedrática de Derecho público. Universidad de París
I. Panteón-Sorbona (Francia)*

SUMARIO:

1. La nostalgia feliz.
2. ¿Y si la existencia y el desarrollo del Derecho constitucional europeo pasaran por el diálogo de los jueces?
3. Establecer la separación de poderes.
4. Garantizar la protección de los derechos fundamentales.

1. LA NOSTALGIA FELIZ

Este es el oxímoron –tomado de la excéntrica novelista Amelie Nothomb¹– que me viene a la cabeza en el momento en que se me concede el honor de rendir homenaje al profesor Vlad Constantinesco. Siento, en efecto, un inmenso orgullo mezclado con una pizca de nostalgia feliz.

Orgullo puesto que los trabajos del profesor Constantinesco –además de haber iluminado mis lecturas durante toda mi formación de jurista atraída por las cuestiones europeas– han marcado indiscutiblemente el estudio del derecho de las difuntas Comunidades Europeas –como se denominaba a las primeras manifestaciones institucionales del derecho de la integración europea–. Partiendo de su vanguardista y magistral tesis sobre el modelo de distribución competencial, su curiosidad doctrinal abordó nuevos campos como el de las relaciones de la Unión Europea con los sistemas nacionales –mejor dicho, con los derechos constitucionales nacionales²– o las cuestiones relativas a la naturaleza de

* Traducido del francés por Enrique Guillén López

1 A. NOTHOMB, *La nostalgie heureuse*, Albin Michel, París, 2013 (Trad. Esp. *La nostalgia feliz*, Anagrama, Barcelona, 2015).

2 Esta vocación por las relaciones entre ordenamientos tiene una particular concreción en la escritura a cuatro manos de un manual muy original: V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, PUF, París, 2011.

la Unión y las tendencias federalizantes que sobre ella gravitan. Constantinesco ha logrado conjugar la depurada técnica de los análisis con la belleza literaria de sus fórmulas. Del sorprendente «Hay un “ *small is beautiful*” en la subsidiariedad»³, al famoso «Je ‘aime, moi non plus» o la sociedad europea a la búsqueda de «*affectio societatis*»⁴, Vlad Constantinesco siempre ha sabido dejar su huella en los lectores con análisis finos y originales.

Y también nostalgia, puesto que esta incursión en la vida doctrinal y académica del homenajeado me lleva a una vertiginosa vuelta al pasado; a 20 años atrás, concretamente. Especialista en la integración europea, aficionado a hacer incursiones en el campo constitucional, hispanófono, formó parte de mi tribunal de tesis doctoral, acto del que aun guardo un grato recuerdo –más allá de la tensión inherente a estos momentos iniciáticos–. La nostalgia aquí, pues, no es una fuente de tristeza, sino de alegría; por eso es una nostalgia feliz.

Siendo la transmisión de pasiones el oficio del profesor, espero que las líneas que siguen, relativas a una temática que Vlad Constantinesco tuvo la ocasión de explorar a menudo⁵, puedan ser motivo para demostrarle hasta qué punto fue importante en mi formación universitaria, así como en la de toda la comunidad de juristas apasionados por la aventura europea. Fue, sin duda, un maravilloso e inspirador porteador de la pasión europea.

2. ¿Y SI LA EXISTENCIA Y EL DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO PASARAN POR EL DIÁLOGO DE LOS JUECES?

La iconoclasta pregunta obliga a dar algunas explicaciones. Si hubiera que esquematizar⁶ las etapas del estudio del discurso sobre el Derecho constitucional europeo podríamos mantener que son las tres siguientes.

3 «Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l’Union européenne?», *L’Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, París, 1991, pp. 35-45, especialmente p. 38.

4 «‘Je t’aime, moi non plus’ ou la société européenne en quête d’*affectio societatis*», *Mélanges en l’honneur de François Borella*, PUN, Nancy, 1999, pp. 115-149.

5 Las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho interno así como las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de la Unión han llevado habitualmente a V. CONSTANTINESCO a cuestionar la existencia, directa o indirectamente, de un Derecho constitucional europeo. *Cfr.*, v.gr. «Europe Fédéral ou Fédération d’Etats nations», *Une Constitution pour l’Europe*, R. DEHOUSSE (dir.), Presses de Sciences po., París, 2002, pp. 115-149.

6 En este caso, la precisión es fundamental. Nos encontramos –además de con una parte evidente de subjetividad– con una extraordinaria simplificación de la multitud de corrientes que han acompañado desde el principio el desarrollo del proyecto de integración europea.

El primer acto del estudio del discurso constitucional sobre Europa estuvo marcado por el seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. La razón fue simple: es la jurisprudencia la que mantiene la postura nominalista⁷ utilizando el lenguaje para, sin duda, intentar crear el objeto. La sentencia Los Verdes⁸ fue el buque insignia en este sentido, si bien fue anunciada por otros referentes jurisprudenciales importantes o, mejor dicho, fundacionales⁹. El corolario lógico en términos académicos fue el acaparamiento del discurso constitucional europeo por los comunitaristas¹⁰, lo que provocó, por otro lado, memorables disputas con los internacionalistas. Allí donde los primeros encontraban en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia los rasgos de la especificidad del orden jurídico comunitario limitado a la creación de un orden constitucional europeo, los segundos, en general, no veían sino una formidable banalidad¹¹.

7 Tomo esta expresión del profesor Alexandre VIALA que la utilizó con ocasión del Congreso celebrado en Montpellier durante los días 12 y 13 de diciembre de 2013 en su ponencia titulada: «Le droit constitutionnel européen: hypothèse épistémologique ou nouvelle branche du droit?». Las actas del Congreso «Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe/El Derecho constitucional europeo ante la crisis económica y democrática de Europa - co-organizado por las Universidades de Granada y Montpellier han sido publicados por el Institut Varenne (2015) bajo la dirección de F. BALAGUER CALLEJON, S. PINON y A. VIALA.

8 TJCE, 23 de abril de 1986, *Parti écologiste «Les Verts» c/ Parlement européen*, aff. 294-83, Rec., 1986, p. 1339.

9 TJCE, 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26-62, Rec., 1963, p.3; TJCE, 15 julio de 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6-64, Rec. 1964, 1159.

10 J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, ULB, Bruselas, 1997. (Col. Etudes européennes). La tesis fue dirigida por V. CONSTANTINESCO. Hay que reparar igualmente en una de las primeras tesis que sobre esta cuestión se dirigieron en Francia bajo la dirección del profesor M-F. LABOUZ, Cfr. T. DAUPS, *L'idée de Constitution européenne*, Université Paris X-Nanterre, París, 1992. En la línea de estos precursores trabajos, las siguientes generaciones de comunitaristas han continuado reflexionando sobre el desacoplamiento entre la Constitución y el Estado; citaremos a título de expresivo ejemplo la tesis de G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, Bruylant, Bruselas, 2011. (Col. Droit de l'Union européenne, n.º 20), dirigida por D. RITLÉNG.

11 Esta disputa fue particularmente viva en Francia. El curso de A. PELLET en la *Académie européenne* quedará como un clásico de la corriente internacionalista crítica. Cfr. «Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire», *Recueil des Cours de l'Académie de droit européen*, 1994, Vol.5, Livre 2, pp.193 et s. La controversia con los comunitaristas tiene como punto álgido el Congreso de Burdeos de la Sociedad francesa de Derecho Internacional, *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles*, Pedone, París, 2000. Es preciso destacar que no todos los interna-

El segundo acto en el estudio del discurso constitucional europeo estuvo marcado por la multiplicación de análisis centrados en las cláusulas europeas de las Constituciones nacionales¹² que vieron la luz en el contexto del proceso de ratificación del Tratado sobre la Unión Europea, tal y como fue adoptado en Maastricht en 1992¹³. Las consecuencias científicas fueron también en este caso bastante claras: los constitucionalistas hicieron su aparición y se apropiaron de este nuevo objeto de estudio, si bien al precio a pagar, según constan en los anales doctrinales, fueron memorables confrontaciones doctrinales, por lo menos en nuestro hexágono¹⁴. El proceso salta a un nuevo estadio con la elaboración del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que impulsó una intensa actividad científica¹⁵. Es más, esta entrada en escena de los especialistas de Derecho constitucional y/o de

cionalistas tuvieron esa postura de desconfianza frente a la generalidad del particularismo comunitario. Basta con reparar para convencerse de ello en el artículo clásico e insoslayable de Eric Stein, internacionalista norteamericano, E. STEIN, «Lawyers, judges and the making of a transnational constitution», *AJIL*, 1981, 75-1, pp. 1-27.

12 Podemos convenir en que el análisis de las cláusulas europeas de las Constituciones nacionales se inscribe en una antigua tradición iniciada por Boris MIRKINE-GUETZEVITCH que fue primero que, en el período entreguerras, estudió el «Derecho constitucional internacional», esto es, las cláusulas consagradas al Derecho internacional en el seno de las Constituciones. *Cfr. Droit constitutionnel international*, Paris, 1933.

13 T. DE BARRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire. Essai d'approche comparative sur certains aspects constitutionnels nationaux de l'intégration européenne*, LGDJ, Paris, 1995; L. DIEZ PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión europea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2002; P. MABAKA, *Problèmes et perspectives constitutionnels du processus de l'intégration européenne. Aspects nationaux et européens*, Sakkoulas/Bruyant, Atenas/Bruselas, 2006; J. ZILLER (dir.) *L'europeanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan, Paris, 2003. (Col. Logiques juridiques). Sobre la «europeización» de las Constituciones de los países del Este, *Cfr. A. ALBI, EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

14 Tras el Congreso de Burdeos que concitó el diálogo entre los internacionalistas y los constitucionalistas, el Congreso de La Rochelle –deberíamos mejor decir la controversia de La Rochelle– resultó ser la ocasión para la expresión de las diferencias entre comunitaristas y constitucionalistas, metódicamente anotada por el escéptico Louis FAVOREU, «L'eurosepticisme du droit constitutionnel», en H. GAUDIN, *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque?*, Economica, Paris, 2001, pp. 379-390.

15 Un trabajo colectivo que ha contado con muchos investigadores europeos se puede encontrar en M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PEREZ TREMPES (dirs.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

derecho comparado generó nuevas pistas epistemológicas, ya fueran para desarrollar análisis innovadores centrados en el constitucionalismo multinivel (la Constitución compuesta)¹⁶ o en la Constitución-red¹⁷; bien para proponer una nueva categoría jurídica sobre la base de una relectura del federalismo¹⁸; o para reforzar las aproximaciones clásicas que consisten en valorar la Constitución, toda la Constitución, y nada más que la Constitución¹⁹ –lo que a nuestro juicio es una visión cada vez más minoritaria, si se considera el panorama doctrinal fuera de Francia–²⁰.

El tercer acto del estudio del Derecho constitucional europeo es testigo del éxito de las teorías pluralistas. En presencia de posiciones aparentemente inconciliables –basadas en posturas clásicas y lógicamente absolutistas: primacía absoluta de la Unión frente primacía absoluta de las Constituciones nacionales– los autores de la complejidad hicieron su aparición desarrollando una multitud de variantes analíticas del pluralismo, posturas que comparten la propuesta de desvincularse del principio jerárquico como principio de comprensión de las relaciones entre ordenamientos²¹. El desarrollo de este nuevo paradigma ha de verse en relación con el fracaso en 2005 de la ratificación del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Este importante revés fue, sin duda, un elemento catalizador pero realmente no estuvo en el origen de la corriente pluralista; en cualquier caso la

16 I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, Pedone, 2004, 94 p. (Col. Cours et Travaux n.º 1); I. PERNICE, F. MAYER, «De la constitution composée de l'Europe», RTDE, 2004, pp. 623-647.

17 R. BUSTOS GISBERT, *La Constitución Red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.

18 O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, PUF, París, 2007. (Col. Léviathan).

19 Y de plantear la validez del Derecho de la Unión a partir, únicamente, de la Constitución, y cuando el autor es francés, deberíamos añadir de la «Constitución francesa solo y exclusivamente»: se trataría de la postura positivista retomando la expresión de A. VIALA (Cfr: supra). Para una aproximación ortodoxa Cfr: J-P. DEROSIER, «Constitutionnalisation? Réflexions sur le degré de centralisation et de décentralisation de l'Union européenne», *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne; Union de droit, Union des droits*, Pedone, París, 2010, pp. 95-107.

20 Los constitucionalistas españoles, por ejemplo, no tienen ningún problema en hablar de «Derecho constitucional europeo» desligando el binomio «Constitución/Estado». Así lo acredita sobradamente la lectura de las Actas del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España que tuvo lugar en San Sebastián (durante los días 4 y 5 de febrero de 2010). Cfr, *Derecho constitucional europeo*, J-I. UGARTEMENDIA, G. JAUREGUI (COORD.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

21 Un panorama en francés de las diferentes corrientes pluralistas (esencialmente anglosajonas) y una crítica de sus planteamientos en. J-V LOUIS, «La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ?», *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de J-P. Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 443-461.

inscripción de la identidad nacional con su importante variante constitucional en el seno del Tratado sobre la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa –el famoso artículo 4.2– originó una ebullición doctrinal en todas las direcciones con la que cabe relacionar la proliferación de análisis pluralistas. Tras los teóricos americanos, que trataron el concepto al margen del caso específico de la Unión Europea²², los constitucionalistas europeos se apropiaron de la fórmula que pasó a ser un objeto de estudio de moda, en la medida en que reforzó su incursión en el Derecho de la Unión junto con los «europeístas»²³ e incluso los internacionalistas.²⁴ La fórmula les permitió reflexionar conjuntamente, y no ya unos contra otros²⁵, sobre el significado y la funcionalidad de esta fórmula, que nos permite pensar que el concepto de soberanía ha perdido incontestablemente su superioridad²⁶.

22 M. ROSENFELD, «The Identity of the Constitutional subject», *Cardozo Law Review*, 1995, pp.1049-1109; M. ROSENFELD (eds.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Duke University Press, Durham, 1994. Tiene interés el artículo del mismo autor titulado «Constitutional Identity» en la obra monumental que dirigió con A. SAJÓ (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2011, pp. 757-775; G. J. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Harvard University Press, Oxford, 2010.

23 Es interesante, por ejemplo, señalar que en Francia la cuestión ha sido acogida con entusiasmo por investigadores –europeístas, administrativistas y constitucionalistas– que propusieron a sus doctorandos la identidad constitucional como tema de investigación. Algunos concluyeron sus estudios –F-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LGDJ, París, 2013 (Tome 142)– en tanto que otros están todavía llevándolo a cabo. Lo que es indudable es que en cualquier caso son contribuciones que acercarán las diferentes ramas de la ciencia jurídica. Con contemplar los Homenajes en honor a los profesores MANIN o JACQUE tenemos suficiente para considerar hasta qué punto los análisis sobre la identidad acercan a los diferentes representantes del derecho constitucional, comparado, europeo e internacional.

24 Estoy pensando en el Congreso de Evry de 25 noviembre de 2013 sobre *L'identité constitutionnelle de la France et la protection internationale des droits de l'homme* organizado conjuntamente por F. COULEE, A. ROBLOT-TROIZIER y J. BONNET bajo los auspicios de la AFDC y de la SFDI.

25 Como ejemplos de obras que reúnen a teóricos del derecho, constitucionalistas y comunitaristas *Cf.* A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013. (Law and Cosmopolitan Values); L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, París, 2011. (Col. Cahiers européens, n.º 1).

26 «La souveraineté est morte, vive l'identité constitutionnelle» estaríamos tentados de afirmar siguiendo a A. PETERS, «Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law», *Vienna Journal on International Constitutional Law*, Vol. 3, 3/2009, pp.170-198; o también a R. TONIATTI, «Supremacy Lost, constitutional identity regained», *National Constitutional Identity and European Integration*, A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), Intersentia, Cambridge, 2013, pp.

Estos distintos actos doctrinales sucesivos –que evidentemente no están exentos de solapamientos– están, en realidad, marcados por un elemento común, o si se quiere por una figura insoslayable, inevitable, indispensable: la del juez. En cada una de estas grandes etapas todos los jueces competentes en el continente europeo se han expresado sobre el hecho europeo a través de sentencias entrecruzadas: desde el Tribunal de la Unión (TJUE) al Tribunal Europeo de Derechos Humanos pasando por los Tribunales supremos y/o constitucionales nacionales. En este contexto no parece absurdo avanzar la idea de que el Derecho constitucional europeo se ha gestado, se desarrolla y avanza sobre la base del diálogo judicial. No cabe, no obstante, lanzar una afirmación como la precedente sin afrontar dos obstáculos de importancia. El primero se refiere a la noción de diálogo de jueces que es objeto tanto de análisis benevolentes²⁷, como de críticas preñadas de desconfianza²⁸, cuando no de desprecio. El segundo obstáculo se refiere al Derecho constitucional europeo en sí mismo. Rechazado por unos, reconocido por otros, hemos visto que está en el corazón de confrontaciones académicas tras las cuales hay, muy a menudo, fuertes fracturas ideológicas. Es necesario entrar sucintamente a considerar estos dos elementos.

A la pregunta de qué es el diálogo de jueces, podemos convenir en que se trata de que dos o más jueces expresen en sus sentencias un acuerdo o un desacuerdo sobre una cuestión concreta. El diálogo no supone automáticamente la concordia: puede expresar el desacuerdo. Este elemento es fundamental ya en él descansan los fundamentos de la aproximación dialógica²⁹. Analizado en el contexto tan particular

17-36.

27 A-M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2005; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The interaction between Europe's Legal Systems. Judicial dialogue and the Creation of Supranational Law*, Elgar Publishing, 2012; A. TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, OUP, Oxford, 2009. (Studies In European Law); J. GARCIA ROCA, «El diálogo entre el Tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden publico europeo», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 30, 2012, pp. 183-224; R. BUSTOS GISBERT «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, Mayo-agosto 2012, pp. 13-63.

28 G. DE VERGOTTINI, *Más allá del diálogo judicial entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2011; D. LAW, W. CHANG, «The limits of global judicial dialogue», *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 523-577.

29 Se me permitirá la licencia de remitirme al análisis elaborado con ocasión del homenaje en honor de B. GENEVOIS, en el que desarrollo con más amplitud las diferentes manifestaciones del diálogo, «L'internationalisation du dialogue des juges», *Mélanges en l'honneur de B. Genevois*, Dalloz, París,

de la integración europea el diálogo de jueces revela procesos que recelan de toda conclusión: mientras la integración se mantenga, también se mantiene el diálogo; en la medida en que la integración evolucione, el diálogo hará lo propio. Sobre la cuestión de saber cómo abordar el análisis del Derecho constitucional europeo, es importante considerar aquí –como muy tempranamente hizo el profesor Rousseau– el insoslayable artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada carece de Constitución». Si bien los juristas –por no decir los constitucionalistas– han leído «toda sociedad» como si se dijera «todo Estado», es conveniente volver al sentido primero de las palabras; la sociedad no es el Estado, es la sociedad: en otras palabras, toda aquella organización política que regule las relaciones sociales³⁰. Es, por tanto, posible desligar la Constitución del Estado.

A partir de estos dos presupuestos metodológicos, es posible convenir que tanto la cuestión de la separación de poderes como la del respeto de los derechos fundamentales han estado en el corazón de las discusiones judiciales en Europa desde el mismo inicio de la aventura de la integración. Este punto es particularmente importante. En efecto, en los éxitos o fracasos del proceso de integración; tras los avances o retrocesos, siempre ha estado el diálogo de jueces marcando el rumbo de su desarrollo. Está, pues, en el fundamento –junto con los Tratados constitutivos y las Constituciones nacionales revisadas en numerosas ocasiones– de la construcción de un Derecho constitucional europeo que integra en su seno todos los niveles de poderes (nacional/europeo) y que permite imaginar una vida en común³¹. Esta for-

2009, pp. 95-130. Los tipos de diálogo que he logrado identificar –del diálogo orquestado/armonioso al diálogo desbocado; del diálogo horizontal al diálogo vertical– pueden examinarse en este análisis sobre la construcción del Derecho constitucional europeo.

30 D. ROUSSEAU, «Prolégomènes à l'étude de l'identité constitutionnelle», *Le droit constitutionnel normatif*, R. BEN ACHOUR (dir.), Bruylant, Bruselas, 2009, p. 27.

31 El alcance comprensivo de la noción de «Derecho constitucional europeo» es de por sí evidente. En primer término, porque los Estados miembros son una parte constitutiva de la Unión como tal, lo que ha provocado una imbricación fuera de lo común de sistemas sometidos a una interacción constante; la Unión Europea está constituida a la vez por estructuras europeas pero también nacionales. Igualmente porque en esta lógica el diálogo actúa tanto verticalmente (entre jueces nacionales y jueces europeos) como horizontalmente (entre jueces europeos, TJUE y TEDH, de un lado, y jueces nacionales, tribunales supremos y constitucionales, de otro. Orquestados (esto es, regulados por procedimientos ad hoc, como la cuestión prejudicial o activados por obligaciones vinculadas a la responsabilidad del Estado en el ámbito del cumplimiento de los tratados) o espontáneos, los intercambios judiciales no han dejado de irrigar las corrientes que nutren la integración europea.

ma de pensar el Derecho constitucional europeo no está exenta de la complejidad que constituye seguramente la seña de identidad del derecho contemporáneo. El consenso judicial tranquiliza; el desacuerdo perturba y crea incertidumbre, si bien no deja de ser la seña de identidad de la existencia de varios sistemas jurídicos que, aunque mantengan estrechas relaciones, han de afirmar en un momento dado, bien su especificidad, bien, simplemente, su existencia, su realidad. Esta aproximación permite cambiar la óptica y dejar de analizar una sentencia de los tribunales de justicia nacionales (expresando un desacuerdo) como la sola manifestación de una rebelión que ponga en tela de juicio los principios fundadores de derecho de la integración: la resistencia (por la violación o la mera insinuación de violación de un principio estructurador del derecho de la Unión) puede en ciertos casos no solamente aparecer como legítima, sino, sobre todo, ser el acto de apertura de un diálogo que al final puede desembocar en una posición común de todos los actores judiciales determinando el equilibrio constitucional en un momento concreto. El Derecho constitucional europeo analizado a través del prisma del diálogo de los jueces se presenta, entonces, en todas sus dimensiones –pacíficas de un lado (concordia judicial) y conflictuales de otra (desacuerdo judicial)–, dimensiones complejas e inestables que revelan lo que la Unión es: una organización política compuesta en perpetuo movimiento. Así las cosas, el Derecho constitucional europeo es evolutivo, fruto de un proceso discutido, abierto. Recuerda en este sentido a lo que algunos Estados compuestos viven sobre la base de principios que descansan en el evolucionismo estructural de las relaciones entre los diferentes niveles de poderes territoriales co-existentes en el seno de un mismo espacio territorial, como es el caso del principio dispositivo en España.

De acuerdo con estas decisiones metodológicas, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano será el eje de nuestra aproximación. Tendremos ocasión de revisar la historia del proceso de integración a través del prisma dialógico que revelará toda su riqueza constitucional ya que está centrado, desde sus inicios, en los elementos que estructuran la vida en sociedad: establecer la separación de poderes y asegurar la protección de los derechos fundamentales.

3. ESTABLECER LA SEPARACIÓN DE PODERES

Sabemos que la separación de poderes es el modo de ejercicio democrático del poder con el objeto de que no se convierta en autoritario; su objeto es impedir el abuso de poder. En el marco de la integración europea, y más particularmente en el marco del análisis del Derecho constitucional europeo, el ejercicio del poder se

reparte entre las dos orillas de la Unión europea: las orillas nacionales y la orilla europea. Así las cosas, la cuestión consiste en examinar la manera de evitar el autoritarismo proveniente de las instituciones europeas: ¿Cómo conjurar la tendencia a actuar de manera abusiva –en la medida en que podrían tener la tentación de operar una centralización excesiva en detrimento de los niveles nacionales de poder–?³² Surge de aquí, inmediatamente, el principio de atribución de competencias (art. 5.1 TUE) que tiene, como sabemos, el objeto de limitar el ámbito de intervención de las instituciones europeas. Estas no deben actuar sino dentro de los límites de las competencias que les ha sido expresamente transferidas por los Señores de los Tratados, es decir por los Estados miembros. Estamos así en el corazón del equilibrio democrático del Derecho constitucional europeo. Dispuestos de esta forma los términos de la problemática, veremos que el diálogo judicial ha permitido la erección de contra-límites para obligar a las instituciones europeas a atenerse al principio de atribución de competencias. En el corazón de las discusiones judiciales en Europa han estado simultáneamente el equilibrio democrático del ejercicio del poder político (1) y del poder judicial (2) de manera que ambos han participado en la determinación del equilibrio democrático en Europa.

3.1. *Determinar el ejercicio del poder político*

Dos cuestiones democráticas por excelencia –vinculadas al ejercicio del poder político– han estado en el centro del diálogo de jueces. La primera se refiere al respeto del principio de atribución de competencias, mientras que la segunda se refiere a la cuestión de saber dónde se encuentra el lugar de expresión democrática del poder en Europa. En cada procedimiento constitucional de control a priori de la ratificación de los Tratados de Reforma, las conversaciones judiciales acreditan la presencia de constantes ajustes en las cuestiones neurálgicas constitutivas del Derecho constitucional europeo.

3.1.1. *Las controversias judiciales sobre el principio de atribución de competencias*

Es bien conocida la historia de las relecturas judiciales de los Tratados por el Tribunal de Justicia a través de una interpretación teleológica llevada hasta el extremo de sus confines y de sus potencialidades. El Tribunal de Justicia –asistido por otra

32 En consecuencia, no se trata de concentrarnos únicamente sobre el nivel europeo de poder, sino de examinar la cuestión de manera global en la medida en la que el derecho constitucional europeo se elabora y se desarrolla en el intrincado marco de los niveles de poder nacionales y europeo.

parte de buenas razones que tienen que ver con el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones (efecto directo de las directivas) y con el ajuste de los equilibrios institucionales internos (legitimación activa y pasiva del Parlamento europeo)³³, no ha dudado en superar la letra de los Tratados; muy a menudo el Tribunal ha despreciado el respeto del principio de atribución de competencias. En este contexto, en el marco del proceso de ratificación del Tratado de la Unión tal y como se adoptó en Maastricht, en el que se inscribió formalmente por primera vez el principio de atribución en la letra del derecho primario –al tiempo, por otra parte, que el principio de subsidiariedad, que tuvo un estreno sonoro–, no es en absoluto sorprendente ver al Tribunal Constitucional de *Karlsruhe* en su célebre sentencia Maastricht de 12 de octubre de 1993³⁴ rebelarse contra los «ultra vires» del Tribunal de Justicia. La respuesta fue inmediata: el Tribunal de Justicia comprendió la señal y entró, a partir de su sentencia del de 28 de marzo de 1996, en una fase de «judicial self-restraint»³⁵.

La sentencia del Tribunal constitucional presentó una construcción que modificaba las reglas del juego en lo que se refiere al control de legalidad del derecho de la Unión: afirmando que controlaría todo acto «ultra vires» que proviniera de las instituciones europeas (llegado el caso, del Tribunal de Justicia), cuestionaba la distribución de competencias entre los jueces nacionales y el Tribunal de justicia. Así planteó la doctrina los términos del debate, indignándose por la actitud del guardián alemán de la Constitución. Ahora bien, la aproximación dialógica permite comprender –e incluso legitimar– esta actitud puesto que atribuye la mayor importancia a las dos orillas que bañan el estudio del Derecho constitucional europeo. Fundado sobre una doble legitimidad (nacional y europea) el Derecho constitucional europeo supone tener en cuenta sistemáticamente los dos niveles de poder que intervienen en el desarrollo de la integración europea. Estudiar su desarrollo en general y el del Derecho constitucional europeo, en particular, tomando exclusivamente en consideración el punto de vista de uno solo de los dos niveles de poder y, por consiguiente, el punto de vista de sólo uno de los dos actores (políticos o judiciales) que se enfrentan, no es, sin más, procedente. Lo que ha permitido revelar la discusión judicial relativa al respeto del principio de atribución de competencias fue la importancia del contrapoder

33 Se hace mención tan solo a algunos ejemplos referidos al marco normativo e institucional. También el derecho material abunda en ellos.

34 Tribunal constitucional alemán, 12 de octubre de 1993, *Maastricht* (conocida también como sentencia *Brunner*).

35 TJCE, 28 de marzo de 1996, sentencia n.º 2/94, Rec., I-1794. Los párrafos 23 y 30 de la sentencia demuestran la seriedad con la que se asume el principio de atribución de competencias.

(judicial) nacional frente a un abuso del poder (judicial) europeo.

En el contexto de un sistema constitucional integrado —en el que el diálogo horizontal es tan importante como el vertical— no resulta sorprendente que otros actores judiciales nacionales hayan importado la posición alemana en su «ratio decidendi», considerándola legítima. Del «Højesteret» danés³⁶ al Tribunal constitucional checo³⁷, otros jueces nacionales han participado en el debate que es intensamente democrático ya que trata de la cuestión de los límites al ejercicio de todo tipo de poder. De esta manera una cuestión como ésta es, y será habitualmente, una cuestión de diálogo, en la medida en la que el Tribunal de Justicia —en función de la evolución de la integración europea— reconsidere constantemente su política jurisprudencial y vuelva a coquetear con ella (pese a su respuesta apaciguadora y estratégica de 1996) con ocasión de las revisiones judiciales de los tratados³⁸. En este contexto de evolución incesante, el Tribunal constitucional alemán confirmaba y precisaba su posición en la sentencia Lisboa³⁹. Tras recordar que las competencias transferidas a

36 *Højesteret*, 6 de abril de 1998, Cfr. P. DYRBERG, «La Constitución danesa y la Unión europea II (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998)», *Revista de derecho comunitario europeo*, 1998, pp. 573-591.

37 Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 8 de marzo de 2006, n.º I PL US 50/04; Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08. El párrafo 111 de la sentencia afirma que para contrastar la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, el Tribunal considerará tanto su propia jurisprudencia como la jurisprudencia alemana. El párrafo 118 hace realidad esta afirmación y el Tribunal cita expresamente la jurisprudencia constitucional alemana (Sentencias *Solange II* de 1986 y *Maastricht* de 1993).

38 Es interesante constatar que los actores políticos se han mostrado particularmente sensibles a este estado de cosas. Puede verse, en este sentido, el *Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne* (26 de noviembre 2009, n.º 119) que menciona dos sentencias del TJUE expresivas de una jurisprudencia que coqueteó con la revisión judicial de los tratados. La primera sentencia citada es la relativa al tamaño mínimo de los pescados de 12 de julio de 2005 de la que resultó la condena de Francia simultáneamente a una multa coercitiva y al pago de una suma a tanto alzado por inexecución de sentencia, si bien el artículo 228 TCEE contemplaba estas sanciones como alternativas y no acumulativas (p. 15). Igualmente cita las célebres sentencias *Comisión c. Consejo* (13 de septiembre de 2005) y *Mangold* (22 de noviembre de 2005). El informe fue elaborado por Hubert Haenel —desde entonces en el Consejo Constitucional—. Sus conclusiones fundamentales pueden leerse en un artículo publicado por la revista *Commentaire* con el provocador título de «La Cour de Karlsruhe: une leçon de démocratie», *Commentaire*, n.º 130, Verano 2010, pp. 411-417.

39 Tribunal constitucional alemán, 30 de junio 2009, Lisboa, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 et 2 BvR 182/09.

la Unión deberían ejercerse respetando el principio de atribución –de manera que todo «ultra vires» podía suponer que ejerciera el control («ultra vires kontrolle») (par. 240)– superaba este estadio de la argumentación y pasaba a ser muy preciso. Donde la sentencia Maastricht se mostraba ambigua acerca de los límites que no debían ser superados, la sentencia Lisboa es muy explícita al considerar que «es particularmente oportuno trazar el límite cuando la coordinación de situaciones transfronterizas es objetivamente necesaria» (par. 251). Sin duda el Tribunal constitucional consideró que pese a las advertencias lanzadas en 1993 en su sentencia Maastricht, el Tribunal de Justicia continuó con una jurisprudencia activista que despreciaba el principio de atribución de competencias⁴⁰.

Durante mucho tiempo, la amenaza de un control fue la propia de una retórica dialógica que llevaba a algunos a comenzar a preguntarse si tal amenaza no sería puramente simbólica⁴¹. Las cosas cambiaron cuando el Tribunal constitucional checo decidió dar un golpe concreto y efectivo a la amenaza de control; la retórica se radicalizó. El asunto de las pensiones eslovacas fue el fin anunciado de un diálogo de

40 Los jueces del Tribunal constitucional de Karlsruhe debieron considerar llegado el momento –sobre la base del principio de que el Tratado de Lisboa no sería objeto de una reforma inmediata– de marcar muy estrictamente los límites que no se debían superar, así como de determinar *expressis verbis* los «ámbitos especialmente sensibles de autodeterminación democrática de un Estado constitucional» (§ 252) en los que, por consiguiente, la capacidad de acción discrecional de los Estados será considerable (§ 256). Igualmente, «el derecho penal material y formal, el ejercicio del monopolio de la fuerza –fuerzas y cuerpos de seguridad en el interior, fuerzas armadas en el exterior– las decisiones fiscales fundamentales relativas a los ingresos y a los gastos públicos –especialmente las relacionadas con la política social– la regulación de las condiciones de vida por el Estado social, así como las decisiones singularmente importantes desde el punto de vista cultural, como, por ejemplo, las relativas al derecho de familia, al sistema educativo, e incluso al tratamiento jurídico de las confesiones religiosas» (§ 252) son los ámbitos en los que el Estado debe conservar la competencia para adoptar las «decisiones esenciales» (§ 259).

41 Las sagas judiciales –siempre entre Alemania y el Tribunal de Justicia– relativas al principio de no discriminación por razón de edad y al alcance del principio de protección de datos personales demostraron que el Tribunal constitucional alemán tenía buena disposición: TJCE, 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04, Rec. p. I-9981; Tribunal constitucional alemán, 6 de julio de 2010, 2 BvR 2661/06, *Mangold-Urteil* EuGH, *Honeywell*; Tribunal constitucional alemán, 2 de marzo de 2010, *Rétention des données*, Cfr. D. HANF, «Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la Loi fondamentale. L'apport de l'arrêt «rétention des données» et de la décision «Honeywell» du BVerfG», *Research Paper in Law*, 2010/3, 2010, 30 p.; M. PAYANDEH, «Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German constitutional Court and the EU Court of justice», *Common Market Law Review*, 2011, pp. 9-38.

sordos en el que el desacuerdo era un desacuerdo de principio que, aunque provocara efectos («self restraint» del Tribunal de justicia) no transformaba radicalmente las relaciones de fuerza (los «ultra vires» se producían regularmente)⁴². En todo caso, no cierra la puerta a continuar con la discusión, incluso en caso de que ello no supusiera encontrar directamente un terreno de conciliación⁴³.

3.1.2. *Las discusiones judiciales sobre el lugar de ejercicio democrático del poder*

¿Donde está el lugar por excelencia de ejercicio democrático del poder en Europa? Esta pregunta nos lleva a la conocida cuestión del déficit democrático que también ha estado en el centro del diálogo judicial en Europa.

Pese a las penurias por las que pasa la democracia representativa en los Estados miembros, pese a que el lugar y el papel de los parlamentos nacionales en la gestación del Derecho de la Unión pase difícilmente por el tamiz de la crítica, el Tribunal Constitucional de Karlsruhe estima desde 1993 (sentencia Maastricht) –argumento que ha precisado en 2009 (Sentencia Lisboa)– que el lugar de expresión democrática por excelencia en Europa era y seguía siendo el Parlamento nacional –en su caso el «Bundestag» y el «Bundesrat». Mientras en 1993 el Tribunal dejaba abierta la puerta a una posible evolución de la democracia a escala europea postulando un reforzamiento de los poderes del Parlamento Europeo, nada de esto encontramos en 2009. Parecería que el tribunal «expulsara para siempre a la Unión del paraíso de la democracia verdadera» («true democracy») que queda confinada en los Estados-nación⁴⁴. El Parlamento europeo no representa al pueblo europeo, «continúa siendo en el fondo un órgano de representación de los pueblos de los Estados miembros»⁴⁵. Se trata de una afirmación solemne que obliga

42 Tribunal constitucional checo, 31 de enero de 2012, Caso Pensiones eslovacas, Pl. US 5/12. M. LICKOVA, «Quand la Cour constitutionnelle tchèque défie la CJUE sur les pensions de vieillesse», *Constitutions Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, n.º 2, pp. 304-306; J. KOMAREK, «Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires», *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 323-330.

43 El Tribunal respondió indirectamente al Tribunal constitucional checo sosteniendo una posición bastante firme al destacar el hecho de que, incluso un Tribunal constitucional, se ve sometido a obligaciones normativas y procedimentales derivados de la primacía. TJUE, 15 de enero de 2013, *Jozef Križan y autres*, C-416-10, §§70-73.

44 J. BAQUERO CRUZ, «A juridical Götterdämmerung: The Lisbon Decision of the German Constitutional Court», *Karlsruhe's Europe, Notre Europe*, 2010, p. 8 (Studies & Research n.º 78).

45 Tribunal constitucional alemán, 30 de junio de 2009, *Lisboa*, § 284.

a tomar en consideración la posición de las dos cámaras en el marco de cualquier procedimiento de reforma⁴⁶. Y aunque las sentencias que siguieron al rescate de Grecia (7 de septiembre de 2011)⁴⁷ y al procedimiento de ratificación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza y del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad (12 de septiembre de 2012)⁴⁸, hayan soslayado en alguna medida las críticas relativas al déficit democrático, no deja de ser cierto que el Tribunal constitucional alemán se mantiene firme en lo que se refiere al derecho de sufragio, que no puede ser vaciado en su contenido por una limitación de las competencias del «Bundestag»⁴⁹.

Esta argumentación supone un desacuerdo de fondo, de un lado, con lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido en su sentencia *Matthews* desde 1999⁵⁰; y, de otro, con lo que el Tribunal constitucional checo mantuvo en 2009. Allí donde el Tribunal de Karlsruhe analiza la democracia de manera extremadamente formal –desconociendo deliberadamente la metamorfosis del sistema político europeo (un sistema interconectado) y el incremento que desde el inicio de la integración cabe advertir en las competencias y en la legitimidad del Parlamento europeo–, el «Ústavní Soud», sin embargo, estima que el artículo 10.1 TUE –según el cual el funcionamiento de la Unión se funda sobre la democracia representativa– contempla los dos niveles de ejercicio del poder (europeo y nacional)⁵¹. Por

46 En efecto, el Tribunal alemán considera indispensable la participación de las instituciones parlamentarias alemanas (*Bundestag* y *Bundesrat*) en toda modificación de los Tratados, incluso cuando las revisiones se llevan a cabo a través de técnicas específicas. Así, los conocidos como procedimientos simplificados de reforma (artículo 48§6 TUE), las cláusulas pasarelas (artículo 48§7 TUE y 81§3, 3.2 TFUE) o la disposición del artículo 352 TFUE no podrán ser activados por el gobierno alemán sin obtener el aval del Parlamento. En otras palabras, no es suficiente con la posibilidad de ejercer un veto; lo que se exige es la participación activa de los representantes del Pueblo y de los Länder en el proceso de integración, sobre todo cuando lo que esté en juego sea un impulso profundo del proceso de integración.

47 Tribunal constitucional alemán, 7 de septiembre 2011, 2 BvR 987/10, 2 BvR 1485/10 et 2 BvR 1099/10, *ordonnance* du 27.10.11, 2 BvE 8/11.

48 Tribunal constitucional alemán, 12 de septiembre 2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12.

49 Esa es la razón por la que el *Bundestag* deberá ser obligatoriamente consultado en caso de que se supere el importe de los préstamos y garantías inicialmente previstos (en torno a 190 mil millones de euros). Se trata de asegurar, fundamentalmente, «que el vínculo de legitimación entre el Parlamento y el Mecanismo Europeo de estabilidad no se rompa» (§ 270 de la sentencia de 12 de septiembre de 2012).

50 TEDH, 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*.

51 Tribunal constitucional checo (*Ústavní Soud*), 3 de noviembre de 2009 2009, Pl ÚS

su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 años antes, afirmaba sin ambages en su sentencia *Matthews* que el Parlamento europeo era:

«el instrumento principal del control democrático y de la responsabilidad política en el sistema comunitario. Legitimado por su elección por sufragio universal directo, el Parlamento Europeo debe ser considerado, sean cuales sean sus límites, como la parte de la estructura de la Comunidad Europea que mejor refleja la preocupación de asegurar en el seno de ésta un «régimen político verdaderamente democrático»⁵².

¿Qué podemos decir sobre esta temática, pues, sino que es poco probable alcanzar un acuerdo?

3.2. *Determinar el ejercicio del poder judicial*

Identificar el lugar en que se administra justicia es indispensable en el estudio del Derecho constitucional europeo: el poder judicial es parte del equilibrio democrático de toda la organización política. De esta manera, la interconexión de sistemas en Europa obliga una vez más a una aproximación global que ponga al descubierto un doble fenómeno en el centro del cual se encuentra la cuestión prejudicial, arquetipo del diálogo. De un lado, observamos que la obligación de plantear la cuestión no deriva exclusivamente del Derecho de la Unión: también se ha convertido en una obligación constitucional e internacional. De otro, la obligación de plantear la cuestión ha alcanzado a los Tribunales supremos y a los Tribunales constitucionales. Por consiguiente, el poder judicial europeo no es único: no se encarna exclusivamente en el Tribunal de justicia. Es múltiple, incluyendo a los jueces nacionales (supremos y constitucionales) y los dos tribunales europeos (TEDH y TJUE). La complementariedad de sus competencias y el diálogo que han entablado sobre éstas conforman una vez más, el punto de equilibrio del Derecho constitucional europeo.

3.2.1. *Los múltiples fundamentos de la obligación de plantear la cuestión prejudicial*

Una perspectiva clásica –aislada y desconectada, esto es, basada únicamente en el sistema jurídico de la Unión– presenta el artículo 267.3 del TFUE como la fuente que obliga al planteamiento de la cuestión prejudicial en caso de dudas relativas a la interpretación o la validez del Derecho de la Unión. Por consiguiente, el incumplimiento de una obligación de esta clase sólo supondría a priori la activación de un

29/09, § 43.

52 TEDH, 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, § 48.

único mecanismo de control de derecho europeo. La Comisión, a través del recurso de incumplimiento así como el Tribunal de Justicia con la ayuda de su jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado-juez (supremo)⁵³, serían las únicas instancias que, en el marco de sus competencias, estarían en disposición de sancionar el rechazo manifiestamente infundado de activar el mecanismo prejudicial. Limitarse a este aspecto del asunto –a su análisis desde el punto de vista del Derecho de la Unión– ya no es posible en un sistema político compuesto, donde la imbricación de los modelos –que supone una imbricación de las obligaciones– está en su apogeo. Es por ello necesario cambiar la óptica hacia una perspectiva global que tome en cuenta el punto de vista de todos los actores.

En aquellos Estados que cuentan con una justicia constitucional fuerte –con recursos directos de protección de derechos fundamentales– se considera que la negativa a plantear la cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 267.3 TFUE supone una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como se recoge en el seno de la Constitución nacional. Así, el Tribunal constitucional alemán inició la dinámica considerando que tal negativa suponía una lesión al derecho al juez predeterminado por la ley, según el artículo 101.1.b) de la Ley fundamental alemana⁵⁴; continúa esta senda el tribunal austríaco⁵⁵ que estima por su parte que el derecho al juez natural consagrado en su Constitución⁵⁶ puede resultar lesionado en caso de que se rechace plantear la cuestión prejudicial de manera manifiestamente arbitraria. El diálogo horizontal se ha hecho también presente en la medida en que España, que se mantuvo al margen de esta perspectiva durante varios años⁵⁷, procedió finalmente a asumirla. La sentencia del Tribunal constitucional español de 19 de abril de 2004 supuso

53 TJUE, 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, Rec. I-10239.

54 Tribunal constitucional alemán, 23 de mayo de 1986, *Solange II*; Tribunal constitucional alemán, 8 de abril de 1987, *Kloppenborg*.

55 Tribunal constitucional austríaco, 11 de diciembre de 1995, B-2300/95; Tribunal constitucional austríaco, sentencia de 26 de junio de 1997, B-3486/96. Hay que señalar, en cualquier caso, que esta jurisprudencia tiene un efecto limitado a Austria. Efectivamente, los demandantes no pueden utilizar el recurso específico para la garantía de los derechos fundamentales para alegar ante el *VfGH* una vulneración del «derecho al juez natural» por un órgano jurisdiccional –que no quisiera activar la cuestión prejudicial– en tanto que este recurso no cabe sino frente a las decisiones de las autoridades administrativas (artículo 144 de la Constitución). Sobre la jurisprudencia austríaca en materia comunitaria Cfr. F. URLESBERGER, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, n.º 5, 1999-1, pp. 27-65.

56 Artículo 83. 2 de la Constitución austríaca.

57 Tribunal constitucional español, STC 180/1993, de 31 de mayo de 1993 y STC 203/1996 de 9 de diciembre de 1996.

un cambio de rumbo⁵⁸. Por primera vez, la jurisdicción constitucional admitía a examen un recurso de amparo sobre la base de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución española como consecuencia de que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵⁹ se negara a plantear la cuestión prejudicial. Este cambio en su jurisprudencia fue confirmado posteriormente⁶⁰. En 2009, el Tribunal constitucional checo se sumó al club de los tribunales alemán, austriaco y español estimando que el derecho al juez natural garantizado por el artículo 38.1 de la Carta checa fue lesionado a resultas del rechazo a plantear la cuestión por parte del tribunal supremo administrativo⁶¹.

La historia no se detiene aquí, por cuanto un tercer actor viene a confirmar la multiplicidad de los fundamentos que obligan al planteamiento de la cuestión prejudicial. En este caso es la Comisión Europea de Derechos del Hombre⁶², la que da paso a una jurisprudencia que apenas varía en el tiempo: el 12 de mayo de 1993, en su sentencia *Société Divagsa c. España*⁶³, reconocía la competencia de los órganos de Estrasburgo para considerar la demanda de una sociedad que alegaba una violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1) provocado por el rechazo de los tribunales ordinarios españoles, y más tarde del Tribunal constitucional, de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal europeo confirmó esta línea jurisprudencial afirmando igualmente su competencia para examinar las negativas arbitrarias al planteamiento de las cuestiones⁶⁴. Sea como fuere, nunca ha habido lugar para que se active ninguna sanción: las pretensiones de los demandantes han sido

58 Tribunal Constitucional español, STC, 19 de abril de 2004, n.º 58/2004. Cfr. R. ALONSO GARCIA, «Note sous 19 avril 2004», *Common Market Law Review* 42, 2005, pp. 535-548; J.-M. BAÑO LEON, «El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, n.º 18, pp. 465-481.

59 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, 5 de octubre de 1999, n.º 769/1999.

60 Tribunal Constitucional español, STC, 19 junio 2006, n.º 194/2006.

61 Tribunal Constitucional checo, 8 de enero de 2009, II, ÚS 1009/08.

62 Que inaugura esta línea jurisprudencial antes de desaparecer, suprimida por la reestructuración operada como consecuencia del Protocolo n.º 11 de la CEDH.

63 Comisión EDH, 12 de mayo de 1993, *Société Divagsa c. España*, DR 74, pp. 274-277; Comisión EDH, 28 de junio de 1993, *Fritz et Nana c. Francia*, DR 75, p. 39.

64 TEDH, Sentencia *Ullens de Shooten y Rezabek c. Bélgica*, de 20 de septiembre de 2011, par. 60: «Así, el artículo 6.1 conlleva que las jurisdicciones internas deben correr con la carga que supone la obligación de motivar según el derecho aplicable las decisiones por las que rehúsan plantear una cuestión prejudicial, sobre todo en la medida en que el derecho aplicable solo admite excepcionalmente una negativa de este tipo» (Trad. a cargo del traductor).

siempre objeto de rechazo, bien por considerarse manifiestamente infundadas⁶⁵ –sobre todo porque la jurisdicción nacional debería haber motivado debidamente su rechazo⁶⁶– bien por ser incompatibles «ratione materiae» con las disposiciones de la Convención⁶⁷. La sentencia *Michaud*⁶⁸ modificó este panorama viniendo a demostrar una vez más los inextricables lazos que mantienen los sistemas nacionales y europeos, reveladores de la existencia y del desarrollo de un derecho común. El Tribunal europeo, a su manera, llama al orden al Consejo de Estado y a las jurisdicciones supremas de los Estados miembros de la Unión, explicándoles con toda claridad que la efectividad de la defensa de los derechos fundamentales en el seno de la Unión descansa, en gran medida, en su colaboración con el Tribunal de Justicia⁶⁹. Resulta así incontestable que el sistema convencional de garantía coopera con la consagración del derecho al juez, como parte integrante de la tutela judicial, que es a su vez un elemento capital de todo sistema político que pretenda garantizar los derechos de los justiciables.

Junto con estas manifestaciones que multiplican los fundamentos de la cuestión prejudicial, cabe observar la multitud de titulares sometidos a esta obligación. Fenómeno que no sólo ha dado lugar a incentivar (en términos cuantitativos) el diálogo, sino que ha contribuido sobre todo a aportarle una densidad constitucional de primer orden a partir del momento en el que los tribunales constitucionales se han sumado a la fiesta.

3.2.2. *Los múltiples titulares obligados a plantear la cuestión prejudicial*

Durante mucho tiempo la doctrina relativa a la cuestión prejudicial se ha centrado en la historia –actualmente prehistoria– de la teoría del acto claro y

65 TEDH, DR, 23 de marzo de 1999, *Desmots c. Francia*; TEDH, DR, 7 de septiembre de 1999, *Dotta c. Italia*; TEDH DR, 4 de octubre de 2001, *Nicolás Canela Santiago c. España*.

66 TEDH, Sentencia *Ferreira Santos Pardal c. Portugal*, 4 de septiembre de 2012.

67 TEDH, DR, 14 de marzo de 2002, *Nikolaos Martakis c. Grecia*.

68 TEDH, 6 de diciembre de 2012, *Michaud c/ Francia*.

69 El par. 115 de la sentencia *Michaud c/ Francia* es importante y merece ser reproducido aquí: «El Tribunal se encuentra, por lo tanto, en la obligación de señalar que, debido a la decisión del Consejo de Estado de no plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, aunque este último Tribunal nunca hubiera examinado los derechos del Convenio en cuestión, el Consejo de Estado resolvió el litigio sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales –en principio equivalente a la establecida por el Convenio–. A la luz de esa decisión y la importancia de las cuestiones que están en juego, la presunción de protección equivalente no puede aplicarse». *Cfr.* «Actualité de la Convention européenne (juin-juillet 2012)», *A/JDA*, 28 de enero de 2013, pp. 173-174.

en la cuestión de saber cómo las jurisdicciones supremas ordinarias deberían abordar su obligación de plantear la cuestión. A la rebelión del Consejo de Estado (desacuerdo)⁷⁰, contestó el Tribunal de justicia, apaciguando y conciliando (acuerdo)⁷¹. A partir de aquí las relaciones fueron mucho más armoniosas. El debate pasó a otra dimensión cuando los tribunales constitucionales intervinieron en el diálogo orquestado con el Tribunal de Justicia, sea conciliando los controles de convencionalidad y de constitucionalidad, sea planteando directamente la cuestión prejudicial. El poder judicial europeo desvelaba, así, toda su envergadura constitucional.

Es bien conocido uno de los principales aspectos de la sentencia *Simmenthal*⁷². En el caso de concurrencia entre la obligación de reenvío prejudicial en materia constitucional y la de reenvío prejudicial convencional, el juez nacional debe dar preferencia a la segunda. Desde 1978, los términos están, pues, claros. No obstante, y pese a todo, el paisaje europeo no deja de presentar contrastes. De un lado, encontramos a jueces constitucionales que dictan sentencias respetuosas de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo (Tribunal constitucional checo)⁷³; pero también encontramos a la inversa sentencias que expresan su desconfianza (Tribunal constitucional alemán)⁷⁴. Cuando no son los jueces los que actúan «*motu proprio*» estableciendo ellos mismos las reglas de conciliación de los reenvíos (conciliación pretoriana), son los legisladores los que deciden plantear las nuevas reglas de jue-

70 Consejo de Estado, 19 de junio de 1964, *Sté des Pétroles Shell-Berre, Lebon 344*, Conclusiones. N. Questiaux.

71 TJCE, 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, 283/8, Rec. I-4673.

72 TJCE, 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, 106/77, Rec., 629.

73 Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 21 de febrero de 2006, n.º PL ÚS 19/04. El Tribunal estima que hay que interpretar el control concreto de constitucionalidad, tal y como se prevé en el artículo 95.2 de la Constitución, a la luz del nuevo estatuto que como Estado integrado asume la República checa.

74 Tribunal constitucional alemán, 16 de julio de 2006, BvL 4/00. A su juicio, no pueden admitirse relaciones jerárquicas entre el procedimiento del artículo 267 TFUE (ex-234 TCEE) y el del artículo 100 de la Ley Fundamental que se inscribe en el marco del control concreto de normas en virtud del cual un juez nacional puede aplazar su decisión con el objeto de que el Tribunal constitucional pueda verificar la conformidad de una ley interna con la ley fundamental. Además de que plantear la problemática en términos de jerarquía en vez de a través de la prioridad aplicativa es inapropiado, es que se desnaturaliza todo el espíritu de la jurisprudencia *Simmenthal*. El Alto Tribunal considera que corresponde al juez competente apreciar la utilidad y la pertinencia de uno u otro procedimiento en el caso concreto. El contraste con la jurisprudencia checa es sorprendente.

go (conciliación legislativa). Las leyes belga⁷⁵ y francesa⁷⁶ suponen una reescritura completa de la solución indicada en la sentencia *Simmenthal*, al imponer a los jueces nacionales activar de manera prioritaria la prejudicialidad constitucional. Es bien sabido que esto ha dado lugar en Francia a una saga judicial, en forma de psicodrama hexagonal, que solo volvió a su cauce cuando una vez más el Tribunal de justicia aclaró los términos de la concordia judicial –tras haber echado leña al fuego el legislador nacional–⁷⁷.

Una vez que algunas Cortes constitucionales han entrado en el diálogo a través del reenvío prejudicial⁷⁸ –los tribunales alemán, austríaco, belga, español, francés, italiano y lituano– y que otras han dado a entender que estarían dispuestas a sumarse (los tribunales portugués y polaco), la densidad constitucional de la perspectiva dialógica alcanza su mayor popularidad: no solamente en términos orgánicos (los actores son tribunales constitucionales), sino, igualmente y sobre todo, en los aspectos materiales (los temas del diálogo son constitutivos del Derecho constitucional europeo ya que se refieren de forma casi exclusiva a los derechos fundamentales). Son múltiples las razones que justifican la entrada de los tribunales constitucionales en diálogo con el Tribunal de Justicia. La primera tiene un alcance general. Se refiere al espíritu de la época; en concreto a la globalización, que lleva a disminuir más si cabe la soberanía de los Estados. En este contexto, resulta obligatorio que cada actor del sistema judicial europeo tome la palabra, que se haga oír con el objeto de recordar

75 Ley especial de 12 de julio 2009 por la que se modifica el artículo 26 de la ley especial de 6 de enero de 1989 sobre el Tribunal de Arbitraje, *Moniteur Belge*, 31 de julio de 2009, p. 51617.

76 Ley orgánica n.º 2009-1523 de 10 de diciembre de 2009.

77 TJUE, 22 de junio de 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

78 La doctrina a este respecto comienza a ser consecuente: L. BURGORGUE-LARSEN, «Cour de justice et Cours constitutionnelles ou le temps complexe du dialogue», *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, G. GIUDICELLI-DELAGE, C. LAZERGES (dir.), SLC, París, 2012, pp. 273-285; E. CLOOTS, «Germes of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor de Wereld and other references from the Belgian Constitutional Court», *CMLR*, 2010, pp. 645-672; D. RITLENG, «Cours constitutionnelles nationales et renvoi préjudiciel», *Mélanges en l'honneur du professeur Molinier*, Lextenso, París, 2012, pp. 585-604; M. VERDUSSEN, «La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne», *Revue Belge de droit constitutionnel*, 2011, pp. 81-109; del mismo autor, «Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ?», *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAÏTROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ (dir.), Pedone, París, 2012, pp. 87-105 (Préface d'Alain Pellet; Col. Cahiers européens, n.º 2).

su existencia al otro, al tiempo que reclama una parte de autoridad⁷⁹. Resulta perentoria la adaptación a la nueva configuración de las relaciones jurisdiccionales si no quiere correr el riesgo de periclitar. Así de pronto, algunos tribunales abandonaron la jurisprudencia refractaria a la utilización del mecanismo prejudicial. El caso español es paradigmático⁸⁰. El segundo factor es más específico ya que viene ligado a consideraciones de tipo técnico. En otras palabras, tiene que ver con la especificidad de la justicia constitucional en cada Estado miembro. El contexto constitucional interno propio de cada país permite explicar que en Bélgica⁸¹, Italia⁸² y Francia⁸³, la regulación de las competencias de los tribunales, en el marco de un orden constitucional modificado, haya propiciado una utilización del reenvío prejudicial. Por su parte, el histórico reenvío de 14 de enero de 2014 del Tribunal de Karlsruhe⁸⁴, obedece a la

79 Se remite aquí a la muy estimulante tesis de D. SARMIENTO que revisa toda la jurisprudencia relativa a la cuestión prejudicial al amparo del concepto habermasiano de «acción comunicativa», *Poder judicial e integración europea. La Construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, 379 p. Prólogo de Dámaso Ruiz-Jarabo.

80 L. ARROYO JIMENEZ, «Sobre la primera cuestión prejudicial por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», *Papeles de Derecho europeo e Integración regional/Working Papers on European Law and Regional Integration*, WP IDEIR n.º 8 (2011), p. 18. *Cfr.* Igualmente nuestro análisis en *RTDE*, 2012, enero-marzo de 2012, n.º 1, pp. 271-275. Durante mucho tiempo, el Tribunal constitucional español justificó su rechazo considerando que la interpretación o la validez del Derecho de la Unión no tenían un alcance constitucional. El 9 de junio de 2011 el Tribunal constitucional español puso fin a esta jurisprudencia ingresando en el club aun cerrado de los Tribunales constitucionales que han decidido entrar directamente en contacto con el Tribunal de Justicia. No dudó, en un tema particularmente sensible (como la aplicación de la orden europea de detención y entrega), en plantear tres cuestiones prejudiciales al TJ referentes a la interpretación y a la validez del Derecho de la Unión (*Cfr.* Supra, la respuesta del Tribunal de Justicia en el caso *Melloni*).

81 T. VANDAMME, «Prochain arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary Reference of the Belgian Constitutional Court», *EuConst.*, 4, 2008, pp.127-148.

82 Tribunal constitucional italiano, 12 de febrero de 2008, n.º 102/2008 y n.º 103/2008, *Cfr.* El comentario de L. S. ROSSI sobre las sentencias n.º 348 y 349/2007 de 22 de octubre de 2007 y n.º 102 y 103 de 12 de febrero de 2008, *CMLR*, vol. n.º 46-n.º 1, 2009, pp.319-331.

83 La valoración del artículo 88.2 en el asunto *Jeremy F.* deja adivinar que, a priori, no serán legión las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo constitucional francés, *Cfr. Jeremy F.*, 4 de abril de 2013, DC n.º 2013-314P QPC. Se remite a la web del Consejo Constitucional para los muy numerosos comentarios doctrinales.

84 Tribunal constitucional alemán, 14 de enero de 2014, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13.

aplicación de su propia jurisprudencia en los términos de la sentencia *Honeywell*⁸⁵.

Los temas del diálogo trabado entre los tribunales constitucionales europeos y el Tribunal de Justicia son esenciales para armonizar los sistemas jurídicos. Van desde la protección de los derechos a la defensa en el marco de la orden europea de detención y entrega⁸⁶, a la cuestión de la protección de la confidencialidad de las relaciones entre abogados y clientes en el contexto de la lucha contra el blanqueo de capitales⁸⁷, a la calidad de los servicios sociales⁸⁸, pasando por la protección de datos personales⁸⁹, o por el principio de no discriminación por razón de sexo⁹⁰; son todos ellos testimonio de la importancia cardinal de asegurar la protección de derechos fundamentales, el otro elemento que constituye el Derecho constitucional europeo, además de los aspectos de tipo económico y financiero⁹¹.

4. GARANTIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El diálogo judicial –marcado por una sucesión de acuerdos y desacuerdos entre jueces– ha permitido rápidamente a las Comunidades europeas y a la Unión Europea, después, convertirse en un sistema protector de los derechos fundamentales tras haber

85 Tribunal constitucional alemán, 6 de julio de 2010, 2 BvR 2661/06.

86 Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 29 de julio de 2005; respuesta, TJCE, 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor d Wereld VZW*, C-303/05; Tribunal constitucional belga, 31 de julio de 2009; contestación, TJUE, 31 de octubre de 2010, I.B; Tribunal constitucional español, 9 de junio de 2011, n.º ATC 86/2011; contestación, TJUE, 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11; Consejo constitucional francés, *Jeremy F.*, 4 de abril de 2013, DC n.º 2013-314P QPC; respuesta, TJUE, 30 de mayo de 2013, *Jeremy F. c. Premier ministre*, C-168/13 PPU.

87 Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13 de julio de 2005; respuesta, TJCE, 26 junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05.

88 Tribunal constitucional belga, 25 de enero de 2012, n.º 10/212 (*Etablissements personnes âgées (Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL / Commission communautaire commune*)

89 Tribunal constitucional belga, 10 de octubre de 2012, n.º 116/2012, asunto *Détectives privés (Institut professionnel des agents immobiliers (IPI)/Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte*)

90 Tribunal constitucional belga, cuestión de 29 de junio de 2009; contestación, TJUE, 1 de marzo de 2011, ASBL. C-236/09

91 Tribunal constitucional alemán, 14 de enero de 2014, 2 BvR 2728/13; 2 BvR 2729/13; 2 BvR 2730/13; 2 BvR 2731/13; 2 BvR 13/13. Lo que está en el seno de la discusión es el sometimiento del Banco Central Europeo a las condiciones soberanas impuestas por los Estados miembros.

sido concebida dentro de una lógica de mercado en la que la teoría funcionalista brillaba con todo su esplendor y el marchamo humanista no aparecía por ningún lado. Así pues, esta lógica originaria fue rápidamente superada. La creación de un catálogo pretoriano de protección de los derechos fundamentales fue el fruto de un diálogo vertical constructivo entre algunos tribunales constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia, y la intensificación de las garantías es testimonio de un cambio de paradigma. El reino exclusivo del todopoderoso mercado es completado por la lógica de la protección hasta el punto en que el discurso jurisprudencial en materia de derechos fundamentales ha superado hoy el estadio de la creación y de la proclamación para llegar al de su consolidación efectiva.

4.1. *El tiempo de la creación*

La historia de la creación pretoriana de un catálogo de Derechos fundamentales es sobradamente conocida, de modo que no es procedente revisarla aquí de manera exhaustiva. Será suficiente con recordar que las sentencias de los tribunales constitucionales italiano⁹² y alemán⁹³ abrieron un espacio de diálogo con el Tribunal de Justicia, un espacio de diálogo donde no hubiera debido haber otra relación que la de autoridad y, en consecuencia, el cumplimiento incondicionado del Derecho de la Unión por los jueces nacionales. Es importante a este respecto poner de relieve las consecuencias particularmente positivas de lo que fue presentado, y aún se presenta hoy en ocasiones, por una gran parte de la doctrina, como actos de rebelión destinados a golpear al principio de primacía absoluta del Derecho comunitario, tal y como es planteado por el Tribunal de Justicia. Estas reservas de constitucionalidad han tenido su parte positiva. Se nos permitirá la licencia de recordar una incisiva pregunta –planteada por Robert Lecourt en el homenaje al Decano Boulouis⁹⁴ con el objeto de situar los términos del debate bajo un ángulo diferente: «¿qué hubiera sido de la protección de los Derechos fundamentales en la Unión Europea sin los desacuerdos judiciales planteados por los tribunales constitucionales italiano y alemán?» Deberían los defensores de la Constitución aceptar sin rechistar un sistema que –en la medida en que no atribuía ninguna posición a los Derechos fundamentales⁹⁵– pudiera

92 Tribunal constitucional italiano, 27 de diciembre de 1965, *San Michele*; 27 de diciembre de 1973, *Frontini Pozzani*.

93 Tribunal constitucional de Karlsruhe, 18 de octubre de 1967; 29 de mayo de 1974, *Solange I*.

94 R. LECOURT, «Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?», *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, París, 1991, pp. 349-361.

95 Por razones históricas referidas a la lógica económica de la teoría funcionalista basada en la filosofía del «paso a paso» y en la existencia de un sistema europeo de protección de derechos que,

un día rebajar el estándar de protección constitucional nacional? La rebelión (esto es, la violación del principio de primacía absoluta) se ha revelado como legítima en la medida en que ha permitido transferir la plusvalía de los órdenes constitucionales nacionales al ordenamiento jurídico de la Unión, siempre respetando la estructura y los objetivos del Derecho comunitario. La consecuencia fue inmediata: el diálogo se activó. A los desacuerdos planteados por los jueces italianos, primero, y alemanes, después, siguió la respuesta del Tribunal de Justicia que construyó, en cuatro tiempos, un argumento que permitió retomar el camino de la concordia. Este fue el de acudir a todos los resortes de la técnica de los principios generales del derecho para colmar la laguna originaria de los tratados constitutivos. El desacuerdo (*ultra vires* nacionales) originó la concordia (construcción a través de los principios generales del derecho de un catálogo pretoriano de derechos).

Tras el momento de la creación, llegó el de la consagración textual a través de la elaboración y de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a partir de ahora «Carta») que finalmente fue elevada al rango de Derecho primario por el Tratado de la Unión Europea tal y como fue adoptado en Lisboa (art. 6.1 TUE). Si los principios generales del derecho sirvieron para identificar un imponente catálogo de derechos fundamentales en el seno del ordenamiento de la Unión –inspirándose no solamente en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, sino también en el Convenio Europeo, considerado en este sentido como un «instrumento privilegiado»– la Carta de derechos fundamentales recién adoptada (el siete de diciembre de 2000), se convertía en parámetro interpretativo prioritario del Convenio europeo. El Tribunal de Estrasburgo lo utilizaba sin complejos con el objeto de interpretar su texto de referencia «a la luz de las condiciones actuales»; la Carta, junto con otras fuentes externas, permitió así a la Corte de Estrasburgo garantizar la coherencia de los sistemas de protección de derechos en Europa, sin impedir que se pudiera acordar una protección mayor por uno de los sistemas⁹⁶. Asimismo este método de interpretación supuso poner de manifiesto el diálogo horizontal entre las dos Cortes europeas: toda discordia fue erradicada ya que, por el contrario, se hizo cuanto fue posible para lograr que la coherencia interpretativa de los derechos fundamentales llegara a buen puerto. De pronto, los

establecido poco tiempo antes que los Tratados constitutivos de 1951 y 1957, tenía como vocación exclusiva la protección de los derechos humanos.

96 Como se deduce del asunto *Elgafaji* en materia de protección subsidiaria, TJCE, 17 de febrero de 2009, *Epoux Elgafaji*, C-465-07, Rec., 2009, I-921, voy. K. LENAERTS, «The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice», *International and Comparative Law Quarterly*, 2010, n.º 59, pp. 255-351.

acuerdos judiciales marcaron el ritmo del diálogo horizontal. Así, junto con el diálogo vertical entre los jueces constitucionales y el Tribunal de Justicia, se desarrolló igualmente un diálogo horizontal entre las dos cortes europeas, que condujo a un nivel armonioso (pero no uniforme) de protección de los derechos en el continente europeo.

La perspectiva dialógica tiene de particular que nada queda fijado de una vez para siempre, ya que la integración europea es sobre todo un proceso; es, por definición, evolutiva. Así las cosas, a una posición común establecida en un momento «x», viene a suceder otra polémica que toma como punto de apoyo las nuevas evoluciones propias del sistema de integración europea. Ve la luz así un nuevo ciclo de discordia/concordia.

La transformación interminable del sistema de integración ha generado dos tipos de consecuencias en términos dialógicos. La primera no consiste en el mantenimiento del principio de reservas de constitucionalidad por los dos tribunales líderes en la materia⁹⁷, sino, y sobre todo, su importación por otros tribunales constitucionales de los Estados Miembros de la Unión. Aquí, el diálogo horizontal funciona a toda marcha. Cada tribunal ha marcado con su impronta la construcción del derecho constitucional europeo haciendo suya –a veces adaptándola a las especificidades constitucionales propias de su ordenamiento– la jurisprudencia de los contralímites –como fue rápidamente denominada por la influencia de los juristas italianos–. De España (2004)⁹⁸, pasando por Francia (2004)⁹⁹, Hungría (2006)¹⁰⁰, o la República

97 Tribunal constitucional italiano, 8 de junio de 1984, *Granital*; 21 abril 1989, *Fragd* (n.º 232/89); Tribunal constitucional alemán, 22 de octubre de 1986, *Solange II*; 12 de mayo de 1989, *Soweit*; 12 de junio de 1993, *Maastricht*; 7 de junio de 2000, *Solange III*; 30 de junio de 2009, *Lisboa*.

98 Tribunal constitucional español, 13 de diciembre de 2004, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, DTC n.º 1/2004, 5 de enero de 2005. Esta Declaración ha atraído, lógicamente, la atención de la doctrina española más autorizada. Cfr. R. ALONSO GARCIA, «Constitución española y Constitución europea: guión para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2005, n.º 73; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, «No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea», *Revista de derecho comunitario europeo*, enero-abril 2005, pp.5-17. En lengua francesa, F. MODERNE, *Rfdadm.*, 2005; véase igualmente nuestra contribución, «La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n.º 1/2004), 'Un Solange II à l'espagnol'», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2005-18, pp. 154-161.

99 Consejo constitucional, 19 de noviembre de 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, 2004-505 DC. Los análisis han sido innumerables por lo que se remite a la página web del Consejo para su consulta.

100 Tribunal constitucional de Hungría, 16 de junio de 2006, n.º 1053/E/2005 AB, Cfr. E. VARNAY, A. F. TATHAM, «A new step on the Long Way – How to Find the Proper Place for Community Law in the Hungarian Legal Order?», *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 3 (2006), n.º 3, pp.76-84; Tribunal constitucional de Hungría, 12 de diciembre de 2006, 72/2006 (XII.15)

Checa (2008)¹⁰¹, se plantearon reservas de constitucionalidad sobre la cuestión de los derechos fundamentales. Nos encontramos, pues, ante una forma de mantenerse alerta frente a los avances en la construcción de la Unión Europea (colocando a la Unión bajo la presión de garantizar un estándar elevado de protección), en lo que supone también un momento para la reafirmación de una parte de su autoridad. Tal reafirmación es mayormente simbólica, ya que los tribunales no pueden ignorar las obligaciones que derivan de que sus Estados estén integrados en la Unión. Si por un lado los tribunales constitucionales afirman con fuerza la primacía de su Constitución (garantizando la existencia de un núcleo duro intocable que deriva por otra parte de la identidad constitucional de cada Estado, una parte de la cual la integran de forma muy significativa los derechos fundamentales), por otro, mantienen un espíritu conciliador basado en la necesidad de una interpretación conforme del derecho constitucional con el Derecho de la Unión. Los tribunales constitucionales no pueden negar la fuente de la que deriva su posición (la Constitución), la que constituye la esencia de su función (la protección de la Constitución). Por tanto, no pueden, formalmente al menos, compartir un análisis de las relaciones entre ordenamientos en términos de jerarquía, pero tampoco negar la existencia de la Unión y su integración en el seno de los ordenamientos constitucionales nacionales (sobre todo por el hecho de la existencia de cláusulas europeas en su seno). La existencia y el desarrollo del Derecho constitucional europeo pasa por ese diálogo constitucionalizador en el que cada actor judicial (TJUE y tribunales constitucionales) mantienen su posición de principio, la primacía de su orden natural de legitimidad, en la certeza de que los ordenamientos respectivos se fundan en valores y principios comunes¹⁰², lo que les conduce lógicamente a afirmar la necesidad de una conciliación. En este concierto judicial, algunos tribunales nacionales ponderaron la preservación del núcleo duro identitario; otros, por el contrario, apostaron (tras recordar la existencia de una reserva y por tanto implícitamente de la perspectiva jerárquica) por la existencia de un fondo común de valores –retomando la famosa expresión de Guy Baibant– que supone la conciliación y la cooperación¹⁰³.

101 Tribunal constitucional checo, 26 de noviembre de 2008, Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08

102 En efecto, ya que las tradiciones constitucionales comunes han formado parte de la elaboración de los principios generales del Derecho comunitario, que a su vez han contribuido (con la CEDH) a la determinación del contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, que, por su parte, es partícipe de la actualización de la interpretación de la Convención Europea. La ósmosis interpretativa, fuente de coherencia y de valores comunes, a su máximo nivel

103 Los ejemplos son muy numerosos. Pondremos de manifiesto este pasaje particularmente significativo de una sentencia importante del Tribunal constitucional checo, 26 de noviembre de 2008,

Podemos decir hoy que el resultado del diálogo judicial en materia de derechos fundamentales ha sido doble: de una parte, ha propulsado a la Unión a la era de la modernidad constitucional proporcionándole un catálogo escrito de derechos fundamentales (encarnado en la Carta); por otro, la codificación de los contralímites por el artículo 4.2 TUE –en los que entretanto se ha visto un desplazamiento subrepticio de los derechos fundamentales hacia la identidad constitucional (estando los primeros incluidos a menudo en el contenido de la segunda)¹⁰⁴– es consustancial al código genético del Derecho constitucional europeo¹⁰⁵.

La segunda consecuencia del evolucionismo incesante de la integración es la apertura de otro frente de diálogo centrado en los efectos en los ordenamientos

Tratado de Lisboa, Pl ÚS 19/08, par. 197: «In any case, we can also agree with the government's opinion that, even after the Treaty of Lisbon enters into force, the relationship between the European Court of Justice and the constitutional courts of member states will not be placed in a hierarchy in any way; it should continue to be a dialog of equal partners, who will respect and supplement each other's activities, not compete with each other».

104 En el marco de este trabajo, no es posible entrar a valorar todos los matices del fenómeno. Cada tribunal constitucional, en función de su historia y del ordenamiento en el que se integra, establece unos concretos vínculos entre identidad constitucional y derechos fundamentales. Éstos, en general, se insertan en el concepto global pero no lo agotan. El concepto de «identidad constitucional», que en la arena del diálogo entró de la mano de Francia (Consejo constitucional, 30 de marzo de 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC; Consejo constitucional, 27 de julio de 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, 2006-540 DC; Consejo constitucional, 30 de noviembre de 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, 2006-543 DC), fue asumido por el Tribunal constitucional alemán hasta el punto de crear un nuevo tipo de control (*Identitätskontrolle*, §§228, 230, 240 Sentencia Lisboa de 2009).

105 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia tuvo la ocasión de asumir seriamente algunos elementos relevantes de la identidad constitucional de los Estados miembros, antes incluso de que se inscribiera formalmente en el artículo 4.2 del TUE, tal y como fue adoptado en Lisboa. Se trata de algo explicable, por otra parte, puesto que su antecesor (el artículo F 2 del TUE en la formulación de Maastricht) ya había subrayado la importancia de la identidad. V. CONSTANTINESCO se pronunció sobre este aspecto en, «L'intégration des principes constitutionnels nationaux dans le traité: l'article 6§1 du traité sur l'Union européenne (ex-F§1) tel que modifié par le traité d'Amsterdam», H. GAUDIN (dir.), *Droit constitutionnel, Droit communautaire. Vers un respect mutuel réciproque ?*, pp. 299-311. Para un análisis iconoclasta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión, nos tomamos la licencia de remitirnos a nuestro trabajo: «Un Huron au Plateau de Kirchberg ou quelques réflexions naïves sur l'identité constitutionnelle dans la jurisprudence du juge de l'Union européenne». (*Dés) ordres juridiques européens-European Legal (Dis)orders*, N. LEVRAT, S. BESSON (dir.), LGDJ-Schultess Editions Romandes, Paris-Génova, 2012, pp.185-220 (Col. Fondements du droit européen n.º 2).

internos de la Carta de Derechos Fundamentales¹⁰⁶. Los problemas relativos a su ámbito de aplicación (art. 51.1) y a su articulación con el resto de los sistemas jurídicos de protección (constitucionales y convencional) (artículo 53), se sitúan en el centro de nuevas discusiones judiciales. Fue el mecanismo prejudicial –revelador del diálogo integrado– activado en uno de los dos casos por el Tribunal constitucional español¹⁰⁷, el que propició que el Tribunal de Justicia dictara dos sentencias de la mayor importancia el 26 de febrero de 2013 (las sentencias *Arkerberg Fransson* y *Melloni*)¹⁰⁸. Éstas sentaron las bases de la protección de los Derechos fundamentales en un contexto renovado por la entrada en vigor de la Carta y la anunciada previsión de la adhesión de la Unión a la Convención (art. 6.3). Al optar por una concepción amplia de la noción de aplicación del derecho de la Unión por los Estados miembros la sentencia *Arkerberg Fransson* convocaba de inmediato la reacción del Tribunal

106 El Tratado de Lisboa abre una nueva página en la historia de las relaciones con los Estados miembros, marcada en lo que se refiere a los derechos fundamentales, por la elevación de la Carta al rango del derecho primario. Los nuevos desafíos que se inician a partir de aquí suponen la reactivación lógica del diálogo de jueces, tanto con las jurisdicciones internas como con el TEDH. L. COUTRON, C. PICHERAL (dir.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2012.

107 Tribunal constitucional español, cuestión de 9 de junio de 2011 ATC 86/2011; contestación TJUE, 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11 (Cfr. supra notas 79 y 83).

108 TJUE, 26 de enero de 2013, *Arkerberg Fransson*, C-617/10; TJUE, 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11. Los análisis doctrinales, de inmediato, reconocieron la importancia de estas sentencias. La lista que figura en estas líneas no es exhaustiva pero pretende ser representativa de las reacciones de la doctrina europea: E. DUBOUT, «Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: Unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni», *Cahiers de droit européen*, 2013, n.º 2, pp. 293-317; E. HANCOX, «The meaning of 'implementing' EU law under Article 51 (1) of the Charter: Akerberg Fransson», *Common Market Law Review*, 2013, n.º 50. V. KRONENBERG, «Quand 'mise en oeuvre' rime avec 'champ d'application': la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in ídem», *Revue des affaires européennes*, 2013, n.º 1, pp. 147-159; D. RITLENG, «De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Arkerberg Fransson et Melloni», *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2013, pp. 267-292; D. SARMIENTO, «Who is afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts end the new framework of fundamental rights protection in Europe», *Common Market Law Review*, 2013, n.º 50, pp. 1267-1304; V. SKOURIS, «Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson», *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, n.º 2; F. VECCHIO, «I casi Melloni e Akerberg: il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali», *Quaderni costituzionali*, 2013, n.º 33, pp. 454-456.

constitucional de Karlsruhe. Este, en sentencia de 24 de abril de 2013¹⁰⁹ consideró que la ley sobre los ficheros antiterroristas no era una ley de aplicación del Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 de la Carta tal y como fue interpretada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson*. El Tribunal estimó que la ley alemana perseguía objetivos nacionales que no afectaban, salvo de manera indirecta, el orden jurídico de la Unión. En consecuencia, no aprecia ninguna necesidad de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia ya que este no es en rigor el juez legal, en el sentido del artículo 100.1. 2) de la Ley fundamental, para resolver una cuestión que no se sitúa en el ámbito europeo de los Derechos fundamentales. Para el Tribunal constitucional alemán lo que está en juego es, nada más ni nada menos, que el «territorio» de los Tribunales constitucionales, en otras palabras, la disminución de su función predilecta (la protección concreta de los derechos fundamentales). Una interpretación amplia de la noción de aplicación del derecho de la Unión (que condiciona la aplicabilidad de la Carta) disminuye mecánicamente la posibilidad de activar la competencia de los jueces constitucionales en materia de protección de derechos fundamentales. Esto es, evidentemente, una nueva fuente de desacuerdos¹¹⁰. ¿Cómo reaccionará el Tribunal de Justicia a esta posición estratégica del Tribunal alemán, que estimó por unanimidad que procedía interpretar el asunto *Akerberg Fransson* como una decisión que debía limitarse al ámbito material del procedimiento penal y al significado del principio *ne bis in idem*?

Tras haber recordado las consecuencias de las «rebeliones» italianas y alemanas, que abrieron el espacio de diálogo constitucional en materia de derechos fundamentales, hasta el punto de propulsar a la Unión hacia la era del constitucionalismo moderno (con la adopción de la Carta y las consecuencias en términos dialógicos sobre su ámbito de aplicación), es procedente ahora señalar las consecuencias efectivas y concretas de esta revolución.

4.2. *El tiempo de la consolidación efectiva*

Presentaremos ahora dos consecuencias lógicas y contundentes de la posición de los Derechos fundamentales en el seno de la Unión. Por una parte, la validez del derecho de la Unión Europea puede enjuiciarse sobre la base de una argumentación centrada en el

109 Tribunal constitucional alemán, 24 de abril de 2013, *Counter-Terrorism Database decision*, 1 BvR 1215/07.

110 JHR, LB, «After Akerberg Fransson and Melloni», *European Constitutional Law Review*, Vol. 9, Septiembre 2013, pp. 169-175.

respeto y la preservación de los Derechos fundamentales¹¹¹, en la medida en la que estos pueden igualmente, y en determinadas condiciones, prevalecer sobre la garantía de las libertades económicas, lo que obliga a reconsiderar la pura lógica del mercado.

4.2.1. *Las discusiones judiciales sobre la validez del Derecho de la Unión*

Cuando un Tribunal constitucional cuestiona la validez del derecho de la Unión –indirectamente (a través del control de las leyes nacionales de transposición) o directamente (planteando una cuestión prejudicial de validez ante el Tribunal de Justicia)¹¹² se abre un camino que no es irrelevante. Lo que se observa demuestra que los jueces nacionales mantienen la alerta sobre el elevado nivel de protección de derechos y que consideran que han de participar en la elaboración (a través de la discusión) de la legislación europea. La historia de la aplicación de la legislación nacional referida a la Orden europea de detención –creada por la Decisión-Marco de 13 de junio de 2002¹¹³– es reveladora, tanto de la importancia de los controles directos e indirectos que sobre el derecho derivado ejercen los tribunales constitucionales, como de los efectos concretos de éstos: el mantenimiento de un nivel elevado del estándar de protección. Dicho de otra manera: los diálogos, tanto horizontales (entre los tribunales constitucionales) como verticales (entre los tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia), demuestran que el Derecho constitucional europeo viene a construirse de manera permanente teniendo como base una relación continua de intercambios judiciales, con toda la dosis de complejidad que ello supone. Veamos.

Algunos tribunales declararon inconstitucionales las leyes internas de transposición. En este sentido, los tribunales constitucionales polaco¹¹⁴ y alemán¹¹⁵, así como

111 El asunto *Kadi y Al-Barakaat* (TJCE, 3 de septiembre de 2008, C-402/05 P et C-415/05 P) – ampliamente conocido– es, a nuestro juicio, la explosiva manifestación del proceso de constitucionalización de la Unión, emprendido por el Tribunal de Justicia desde las fundacionales sentencias de 1963 y 1964. El Tribunal de Justicia razona, efectivamente, como un juez constitucional que soslaya la primacía del derecho internacional público para hacer prevalecer la protección de los derechos fundamentales.

112 El Tribunal constitucional belga se ha destacado por las veces que ha cuestionado la validez del derecho de la Unión: así la directiva de blanqueo de capitales, la decisión-marco sobre la orden europea de detención y entrega, y una de las directivas antidiscriminación (2004/113 CE).

113 M-E. CARTIER (dir.), *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005. (Col. Droit de l'Union, n.º 1).

114 Tribunal constitucional polaco, 27 de abril de 2005, P 1/05, *Dziennik Ustaw* 2005.77.680.

115 Tribunal constitucional alemán, 18 de julio de 2005, 2BvR 2236/04, *Deutsches Verwaltungsblatt* 2005, pp.1119-1128.

el Tribunal Supremo de la República de Chipre¹¹⁶ declararon la inconstitucionalidad de las leyes de transposición de la mencionada Decisión-Marco, que, como sabemos, tiene como objetivo principal armonizar los requisitos relativos al procedimiento de extradición en el marco europeo¹¹⁷. Postulando un núcleo estable de valores y de principios comunes entre los Estados miembros de la Unión Europea, los ejecutivos nacionales consideraron en gran medida franqueados los obstáculos para adoptar la Decisión-Marco. Por su lado, los legisladores nacionales, al llevar a cabo su transposición, no tuvieron suficientemente en cuenta la garantía de principios esenciales, centrados en la protección de los derechos de las personas afectadas por la orden europea de detención. ¡Y todo ello sin contar con los defensores de la Constitución!

En este concierto de intervenciones de los jueces constitucionales, el juez checo no dudó «*motu proprio*» en considerar la Decisión-Marco compatible con la Constitución nacional. Su actitud es especialmente reveladora del diálogo horizontal entre tribunales en el seno del espacio constitucional europeo. En efecto, si se pronunció directamente sobre la constitucionalidad de la ley de transposición de la Decisión-Marco¹¹⁸ es porque era consciente de que –por su lado– el Tribunal de Arbitraje belga había planteado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de validez sobre la mencionada decisión¹¹⁹. En este contexto, el Tribunal checo consi-

116 Tribunal supremo de la República de Chipre, 7 de noviembre de 2005, *Avocat général c. Costa Constantinou*, n.º 294/2005. Es importante que destaquemos el conocimiento por parte del juez chipriota de la jurisprudencia de las jurisdicciones alemana, francesa, griega y polaca sobre la orden europea de detención. Sutil conocedor también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, alude tanto al principio de primacía del derecho comunitario como al de interpretación conforme, aplicable a las directivas pero también a las decisiones-marco según lo que se deriva de la jurisprudencia *Pupino* citada muy apropiadamente (TJUE, 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03, Rec. p. I-05285). Basándose en estos principios, el juez supremo chipriota constata que es su incapacidad de lograr la primacía del derecho comunitario lo que hace imposible recurrir a la interpretación conforme de la ley chipriota de transposición relativa a la orden europea de detención: en otras palabras, la contradicción con la Constitución no puede superarse utilizando los mecanismos interpretativos.

117 El quinto considerando del Preámbulo de la Decisión-marco señala: «El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales».

118 Tribunal constitucional checo (*Ústavní soud*), 3 de mayo de 2006, n.º Pl. ÚS 66/04.

119 Tribunal de arbitraje belga, cuestión de 13 de julio de 2005 (n.º 2005-126) sobre la validez de la directiva sobre el blanqueo de capitales. El Tribunal de Justicia respondió con la Sentencia de la Gran Sala el 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone*, C-305/05 constatando la validez de la directiva en lo que se refiere a las exigencias que se derivan del artículo 6.1 de la Convención.

dera que no era necesario hacer lo mismo y que le correspondía zanjar la cuestión de constitucionalidad (considerando que continuaba siendo aplicable la orden europea hasta que no se pronunciara al respecto el Tribunal de Justicia). La argumentación que despliega en esta ocasión es el emblema de la nueva relación de fuerzas del constitucionalismo europeo: la necesaria valoración de la interpretación conforme que se desprende del carácter indisoluble de los ordenamientos jurídicos (nacionales y europeo), constitutivos del Derecho constitucional europeo¹²⁰.

La aparición y la aplicación de contrapesos jurisdiccionales a las iniciativas de los legisladores europeos y nacionales, no debe escamotear la complejidad del fenómeno dialógico, trufado de diferencias tanto en el nivel de las soluciones como en el de las justificaciones. Efectivamente, entre la sentencia polaca, que suspendió durante 18 meses los efectos de su declaración de inconstitucionalidad (para dejar tiempo al poder constituyente derivado para adaptar la Constitución polaca a las exigencias europeas), y la sentencia del Tribunal de Karlsruhe, que anuló todos los procesos judiciales y administrativos en curso sin dejar ninguna salida a los poderes legislativos alemanes, severamente sancionados en la declaración de inconstitucionalidad, está la medida del precio que hay que pagar para que la consolidación de los Derechos fundamentales en Europa sea efectiva. Bien es cierto, que es una manifes-

120 Ante el requerimiento de un grupo de diputados y de senadores en el sentido de que anulara la ley de transposición, rechazó tal demanda con una argumentación reveladora desde el punto de vista de su euro-compatibilidad. Así, estima que cuando son admisibles diferentes interpretaciones de la Constitución, es pertinente optar por aquella que no contravenga las obligaciones que se derivan de las obligaciones que se contraen en tanto que Estado miembro. Sobre esta base, analiza las disposiciones constitucionales que según los demandantes entrarían en contradicción con la ley de transposición. Igualmente confronta el principio constitucional de no extradición de un ciudadano checo con el procedimiento de entrega. Utilizando a la vez argumentos exegéticos, comparatistas y teleológicos, pone de manifiesto que las ventajas que se derivan de la ciudadanía europea (especialmente para los ciudadanos checos en el exterior) tienen una contrapartida en términos de responsabilidad. Para el juez constitucional checo, la realidad de la Unión europea, no puede ser esquivada y es considerando esto como procede interpretar la disposición constitucional en cuestión. Así las cosas, al argumento de los demandantes de que el vínculo entre el ciudadano y el Estado se vería alterado por el procedimiento de entrega, el Tribunal responde que no se frustra la protección del ciudadano checo por su Estado, en la medida en que quedan abiertas las posibilidades de recurrir las sentencias y que la ley enumera con precisión las razones por las que se puede no ejecutar una orden de detención y entrega europea. De la misma forma, al argumento según el cual el procedimiento de entrega afectaría a la previsión de doble incriminación, el tribunal, de manera destacable, considera que el abandono de esta exigencia clásica se explica y queda legitimado por la existencia de un conjunto de valores compartidos entre los Estados Miembros –en torno al *rule of law*– lo que de hecho, debería originar una confianza mutua.

tación muy clara del lema europeo «Unidos en la diversidad» aplicada al fenómeno dialógico en el marco del desarrollo del Derecho constitucional europeo. Acuerdos y desacuerdos, ahora y siempre, forman parte del equilibrio constitucional en Europa.

4.2.2. *Las discusiones judiciales sobre la conciliación de derechos y libertades fundamentales*

Durante mucho tiempo, los derechos fundamentales han contribuido a la realización de las libertades económicas consideradas como fundamentales por los Tratados. Las grandes decisiones *Cinéthèque*, *Ert*, *Carpenter*. Así como *Fetersenson* son representativas de esta época¹²¹. Los derechos fundamentales eran invocados por los particulares (personas físicas y/o jurídicas) con el único objetivo de favorecer la aplicación de las grandes libertades fundamentales económicas. En la actualidad, los derechos fundamentales pueden cada vez más, por el contrario, justificar limitaciones a las libertades de circulación. Una nueva generación de sentencias ha visto la luz marcada por asuntos ciertamente célebres –*Schmidtberger*, *Omega*, *AgM Cos Met*, *Laval*, *Viking*, *Dynamic Medien*¹²²– y que revelan dos tipos de situaciones¹²³.

La primera hace referencia aquéllos particulares que invocan algunos Derechos fundamentales con el objeto de oponerlos a otros particulares que, por su parte, pretenden hacer prevalecer las libertades económicas fundamentales. Este fue el supuesto de hecho de las sentencias *Laval* y *Viking* en las que, tras un ejercicio de conciliación vinculado a la función estratégica del principio de proporcionalidad, son las libertades económicas las que se imponen sobre el derecho de huelga, para desconsuelo de los observadores críticos¹²⁴. En la segunda situación, los Derechos

121 TJCE, 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, aff. jtes 60 et 61/84, Rec., 1985, p. 2605; TJCE, 18 de junio de 1991, *ERT*, C-260/80, Rec. I-2925; TJCE, 11 de junio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec., I-6279; TJCE, 25 de junio de 2007, *Fetersen*, C-370/05, Rec., I-1129.

122 TJCE, 12 de junio de 2003, *Schmidtberger*, C-112/00; TJCE, 14 de octubre de 2004, *Omega*, C-36/02, Rec., 2004, I-9609; TJCE, 17 de abril de 2007, *AGM Cos Met*, C-470/03, Rec., 2007, I-2749; TJCE, 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341-05; TJCE, 11 de diciembre de 2007, *Viking*, C-438/05.

123 La literatura sobre esta cuestión es importante. No dejaremos constancia aquí sino de algunas referencias: L. AZOULAI, «The Court of Justice and the Social Market Economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization», *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335-1355; C. KADDOUS, «Droits de l'homme et libertés de circulation: complémentarité ou contradiction?», *Mélanges en honneur à Georges Vandensanden, Promenades au sein du droit européen*, Bruylant, Bruselas, 2008, pp. 563-591.

124 Algunos observadores han visto estas sentencias como la manifestación del ciego poder del mercado contra una justicia social en declive. A. SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale*

fundamentales se utilizan por los Estados que de esta manera justifican los obstáculos a la realización de algunas libertades de circulación. Algunas veces, el Tribunal no establece ninguna relación jerárquica entre los derechos y las libertades, y de manera casuística, procede a buscar el equilibrio justo colocando en la balanza de la manera más neutra los intereses legítimos enfrentados (sentencias *Schmidtberger* y *Omega*). En otras, el Tribunal presenta de inmediato a los Derechos fundamentales como susceptibles, por sí solos, de justificar restricciones a las libertades económicas (*Dynamic Medien, United Pan Europa*). Estos ejemplos, presentados de forma sucinta, pretenden demostrar una sola cosa: la imposibilidad, después de 60 años de integración europea, de no tener en cuenta el vector de los derechos fundamentales. Está en los genes constitucionales europeos. En cualquier caso, la historia funcionalista de la integración exige que el vector protector sea constantemente defendido, sobre todo cuando la evolución económica de la Unión demuestra las aporías de la política económica en la época de los mercados financieros.

La cuestión de la conciliación ha adquirido un sesgo específico frente a la crisis económica y financiera que estrangula a numerosos Estados Miembros y que ha contribuido al empobrecimiento de su población: ¿no es sino un señuelo la preservación de los derechos sociales fundamentales frente a las exigencias de austeridad impuestas en nombre de las medidas de reestructuración de la economía? Es sabido que la ratificación del Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 12 de febrero de 2012 y del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en el seno de la Unión Económica y Monetaria del 2 de marzo de 2012, han sido objeto de la jurisprudencia de varios tribunales constitucionales europeos (de Hungría, a Estonia, pasando por Francia y Alemania)¹²⁵, así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia *Pringle*)¹²⁶. De consuno,

face au marché total, Paris, Seuil, 2010, 184 p. Igualmente, *Reconciling Fundamental Social Rights and economic Freedoms after Vinking, Laval and Rüffert*, A. BUCKER (Eds.), Nomos, 2011.

125 Tribunal constitucional húngaro, 11 de mayo de 2012, n.º 22/2012, JO (*Magyar Közlöny*) n.º 57/2012; Tribunal supremo estonio, ass. pl., 12 juillet 2012, n.º 3-4-1-6-12; Consejo constitucional francés, 9 de agosto de 2012, 2012-654 DC; Tribunal constitucional alemán, 12 de septiembre de 2012, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12, 2 BvE 6/12

126 El TMES introduce los instrumentos para asegurar la estabilidad financiera en el seno de la Unión. Para lograrlo, el 25 de marzo de 2011, el Consejo europeo previó en su decisión 2011/199, añadir, al artículo 136 TFUE un parágrafo habilitando a los Estados de la zona euro a establecer un mecanismo de estabilidad permanente: «Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto». Al hacerlo así, el Consejo europeo de Bruselas de 25 de marzo de

tribunales constitucionales y Tribunal de Justicia salvaron el mecanismo ideado por los Estados miembros para validar el Mecanismo Europeo de Estabilidad de la zona euro. ¿Ninguna nube en el horizonte? De ningún modo. De hecho, algunos tribunales de Estados con dificultades (con más dificultades que otros) económicas y que están sufriendo consecuencias humanas devastadoras, no han dudado en hacer prevalecer la protección de derechos sociales frente a las medidas de austeridad: sí a las reformas económicas, pero no a cualquier precio. Es el Tribunal constitucional portugués, el que en una sentencia emblemática de 5 de abril de 2013¹²⁷ declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la ley n.º 66B/2012 de 31 de diciembre de 2012 por la que se aprobaba el presupuesto¹²⁸. Si consideramos que esta ley se inscribía, nada más ni nada menos, en el marco de la aplicación de un programa de ajuste económico y financiero negociado entre el Estado portugués, de una parte, y la Comisión Europea, el Banco Central europeo y el Fondo Monetario Internacional, por otra, tendremos la medida del importante contrapeso democrático que ha supuesto esta sentencia. Frente a las negociaciones económicas que vinculaban a grandes estructuras financieras internacionales y a los ejecutivos nacionales y europeo, el Defensor portugués de la Constitución –en sesión plenaria– ha recordado la necesidad vital de garantizar los derechos elementales del conjunto de funcionarios y de los más vulnerables (perceptores de prestaciones por desempleo). Y lo ha hecho activando el principio de proporcionalidad. Los desafíos dialógicos que están por llegar se plantean claramente en esta sentencia

2011 ha establecido igualmente las modalidades de funcionamiento de este futuro MES que fue definitivamente instituido por el Tratado concluido el 2 de febrero de 2012, entre los Estados de la zona euro, adoptando la forma de una organización financiera internacional. Éste es el ingenio que tuvo que «salvar» el Tribunal de Justicia en el asunto *Pringle* dictado como consecuencia del reenvío prejudicial de la *Supreme Court* irlandesa, *Cfr.* F. MARTUCCI, «La Cour de justice face à la politique économique et monétaire: du droit avant toute chose, du droit pour seule chose. Commentaire de l'arrêt CJUE, 27 novembre 2012, Pringle», *RTDE*, avril-juin 2013, pp. 239-266.

127 Tribunal constitucional portugués, 5 de abril de 2013, n.º 187/2013, *Diario de la República*, n.º 78, série I du 24 avril 2013.

128 El Tribunal ha declarado inconstitucionales cuatro disposiciones de esta ley que tenían por objeto: i) la suspensión o reducción de la paga extraordinaria anual o de toda prestación correspondiente al decimocuarto mes de salario devengado por los funcionarios públicos (art. 29); ii) la aplicación del régimen previsto en esta disposición a los trabajadores públicos que contaran con un contrato en la educación o de investigación (art. 31); iii) la suspensión parcial del pago de la paga extra anual a los funcionarios jubilados (art. 77) y iv) la introducción de un tributo sobre las prestaciones por desempleo y enfermedad (art. 117).

que apunta al peligro de una desintegración de los derechos sociales; esta sentencia debería ser tan conocida como las del Tribunal constitucional alemán. Todas las voces judiciales tienen su importancia y participan del equilibrio democrático en Europa.

La perspectiva dialógica demuestra así su principal virtud: permitir la actuación de contrapoderes en un sistema político complejo. El Derecho constitucional europeo se ha construido sobre textos de derecho primario –los Tratados y las Constituciones– que se reconocen mutuamente gracias a disposiciones-pasarelas: el artículo 4.2 TUE, de un lado, las cláusulas europeas, de otro. Han seguido desarrollándose por medio de la aprobación de disposiciones de derecho derivado que implican a todos los poderes (ejecutivos y legislativos a escala europea y nacional) participando en su creación y en su aplicación. Las reglas del juego democrático deben afirmarse en todos los ámbitos políticos, pero a veces ocurre que, o no se activan, o se activan mal¹²⁹. La intervención del juez puede así restablecer el reequilibrio, como demuestra la importante sentencia portuguesa.

La integración europea es esencialmente un proceso, pero no cualquier proceso. Las transformaciones interesantes que ha sufrido y/o que ha provocado son el fruto de un diálogo compartido con múltiples actores, entre los que los actores judiciales europeos tienen una posición destacada. Este diálogo se ha materializado sobre los dos grandes ejes que fundan toda sociedad: la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales, que son el objeto de discusiones permanentes, de reajustes sin fin, para lograr al término una profundización democrática de la integración europea.

El Derecho constitucional europeo analizado bajo la perspectiva dialógica no es una construcción acabada. Está en equilibrio, y de ahí su fragilidad. Puede ser visto como una muestra de debilidad ante la ausencia de una estructura federal europea; pero puede también ser analizado como la muestra de una fuerza vital caracterizada por una reactividad de primera magnitud en la activación de contrapoderes, que tienen siempre como misión, tanto evitar la centralización y los abusos de poder, como garantizar un estándar elevado en la protección de derechos.

129 Para leer con gran aprovechamiento un extenso estudio sobre el modo en que el «debate democrático» no tuvo lugar en España en el contexto de la aplicación de las reglas de austeridad, J. GARCIA ROCA, M-A. MARTINEZ LAGO, *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

Resumen

Estudio que mantiene que el Derecho constitucional europeo es el fruto esencialmente del diálogo entre jueces, tanto vertical como horizontal. A juicio de la autora es este diálogo el que ha permitido la expresión de acuerdos, pero también de desacuerdos, sin los que no cabe entender la construcción y el desarrollo de los principales principios del Derecho de la Unión. En el trabajo se pasa revista a las principales etapas e hitos de este diálogo y sobre todo se mantiene que su sustancia constitucional estriba en que se ha centrado en los aspectos fundamentales que todos los modelos constitucionales tienen: la división de poderes y la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave: *Derecho constitucional europeo, Unión Europea, diálogo entre jueces, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunales constitucionales, división de poderes, derechos fundamentales.*

Abstract

This essay maintains that European constitutional law is essentially the result of dialogue between judges, both vertical and horizontal. According to the author this dialogue has allowed the expression of agreements, but also disagreements which helped to understand the construction and development of the main principles of EU law. The paper analyzes the main stages and milestones of this dialogue and especially maintained that it has constitutional substance because it is focused on the fundamentals that all constitutional models have: the separations of powers and the protection of Fundamental rights.

Keywords: *European constitutional law, European Union, dialogue between judges, Court of Justice of the European Union, Constitutionnal Courts, separations of powers, fundamental rights.*

Recibido: 25 noviembre de 2015

Aceptado: 20 diciembre de 2015

EL PRESUPUESTO HABILITANTE DEL DECRETO-LEY ANTE LA CRISIS ECONÓMICA

PATRICIA GARCÍA MAJADO

*Becaria del Programa de Formación del Profesorado Universitario.
Universidad de Oviedo*

SUMARIO:

1. Introducción: el vínculo entre crisis y decreto-ley.
2. Las cifras de la crisis.
3. Hacia un nuevo presupuesto habilitante.
4. La estructuralidad de la crisis frente a la coyunturalidad de los decretos-leyes.
5. ¿La gestión de la crisis o la evasión del parlamentarismo?

1. INTRODUCCIÓN: EL VÍNCULO ENTRE CRISIS Y DECRETO-LEY

La crisis económica que atraviesa la sociedad española es una circunstancia que, desafortunadamente, ha tenido gran impacto en muchos y muy variados ámbitos. Uno de ellos, como no podía ser de otra manera, ha sido el Estado democrático de Derecho que, entre otras cosas, ha experimentado estos últimos años un aumento considerable de los índices de legislación de urgencia. Durante la X legislatura, testigo principal de esta coyuntura adversa e indudablemente delicada, el Ejecutivo ha venido recurriendo a la figura del decreto-ley muy asiduamente, tratando de ofrecer respuestas jurídicas prontas que, en un contexto tal, parecen antojarse siempre extraordinarias y urgentes.

Esta tendencia, al menos en parte, no es absolutamente insólita pues la legislación de urgencia aparece históricamente vinculada a contextos de crisis y convulsión social en los que se erige como «expresión de una potestad de resolución última y más genuina»¹. Además, el origen etimológico de ambos

1 A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, Vol. 61/2, 2013, p. 71. Sobre la evolución histórica de esta figura véanse, entre otros, A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El Gobierno por decreto*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p. 21-124; R. GÓMEZ ACEBO, «El ejercicio de la función legislativa por el Gobierno: leyes delegadas y decretos-leyes», *RAP*, núm. 6, 1951; J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, Madrid, 1991, p. 628-633; J. PÉREZ

términos así lo demuestra. Decreto proviene del latín «decernere-crevi-cre-tum», siendo «decernere» la acción de resolver un conflicto de intereses o una situación controvertida. A su vez, el verbo latino «cernere» y el griego «krinia» también están relacionados: este último significa emitir un juicio o realizar una distinción intelectual y, a partir del mismo, se forma la palabra crisis, siendo esta una situación de encrucijada. El decreto, por tanto, se configura como un instrumento jurídico que expresa el ejercicio de poder para enfrentar situaciones que entrañan una gran complejidad social².

En esencia, la razón de ser de este instrumento jurídico se ha conservado hasta nuestros días. La progresiva complejidad del mundo contemporáneo –especialmente en un Estado Social– exige, en ocasiones, rapidez en la toma de ciertas decisiones que no pueden ofrecerse siempre a través de los cauces habituales de producción legislativa. En estos casos, el esquema clásico de atribuciones normativas debe ceder en favor de la eficacia, precisamente para que las necesidades sociales urgentes puedan encontrar cobertura jurídica³. El hecho de que el art. 86 CE haya sido uno de los preceptos menos debatidos de la Carta Magna⁴, rodeándose de una unanimidad calificada de «llamativa» e incluso de «sorprendente»⁵ –no solo por lo difícil que devino alcanzar el consenso en otras cuestiones, sino por la desalentadora experiencia que en esta materia había dejado el régimen franquista⁶– revela con meridiana claridad la conveniencia de establecer un mecanismo legislativo expeditivo de estas características.

Ahora bien, la principal aportación de la Constitución Española de 1978 ha consistido en rodear de ciertas garantías a esta potestad legislativa del Ejecutivo, precisamente para evitar un uso espurio de la misma y la consiguiente devaluación de la potestad legislativa del Parlamento de la que habían sido testigo épocas pasadas.

ROYO, «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», AA.VV, *El Gobierno en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía*, Diputació de Barcelona, Barcelona, 1985, p. 97 y ss.

2 Así lo explica A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, *El Gobierno por decreto*, cit., pp. 24-27.

3 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, p. 160.

4 I. ASTARLOA HUARTE-MENDICO, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento jurídico español», *RAP*, núm. 106, 1985, p. 97; P. SANTOLAYA MACHETTI, op. cit., p. 43.

5 I. ASTARLOA HUARTE-MENDICO, «Comentario al artículo 86. Decretos-leyes» en O. ALZAGA VILLAMIL (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo VII, Edersa, Madrid, 1985, p. 143.

6 J. SALAS, *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979, pp. 17-18.

Y ello, lo ha hecho constriñendo la potestad legislativa gubernamental a la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad (presupuesto habilitante), estableciendo determinados límites materiales a su ejercicio y arbitrando un procedimiento de convalidación parlamentaria del decreto-ley. Todas estas garantías han hecho que el art. 86 CE presente un «reflejo reactivo muy intenso»⁷. No obstante, el presupuesto habilitante, por ser el elemento desencadenante de la potestad legislativa de urgencia, se erige en su principal filtro o control. De hecho, como se ha encargado de señalar De Otto, es justamente ese «cuándo» es posible ejercerla lo que básicamente la diferencia de la potestad legislativa convencional de las Cortes⁸.

En este sentido, el presupuesto habilitante recuerda la clásica vinculación existente entre crisis –entendida «lato sensu» como excepcionalidad o encrucijada social– y decreto-ley, y no sólo eso, sino obligar a que la primera concurra para que los segundos puedan ser aprobados, en tanto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «suponen una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa»⁹. Así pues, las circunstancias extraordinarias y urgentes poseen un doble cometido: por un lado, habilitar la potestad legislativa gubernamental y, por otro, limitarla.

Este brevísimo repaso sobre la naturaleza de los decretos-leyes simplemente pretende mostrar el vínculo existente entre éstos y las situaciones de crisis, y cómo el presupuesto habilitante que recoge el art. 86.1 CE trata de constreñir el uso de la legislación de urgencia a este tipo de coyunturas. El propósito de las siguientes páginas consiste en analizar el impacto que la crisis económica actual ha tenido en la legislación de urgencia estatal emanada en la X legislatura, primero analizando dicha repercusión en términos cuantitativos y luego cualitativamente. No obstante, nuestro estudio se ceñirá únicamente a la repercusión que aquélla ha tenido en la interpretación del presupuesto habilitante, analizando las razones aducidas por el Gobierno para recurrir a la legislación de urgencia y la jurisprudencia constitucional en la materia, especialmente la más reciente. Y todo ello para determinar hasta qué punto el uso que el Ejecutivo ha venido haciendo del decreto-ley trata de responder siempre a la necesidad de enfrentar circunstancias excepcionales y urgentes, o por el contrario, sirve a otros intereses.

7 E. GARCIA DE ENTERRIA, T.R FERNANDEZ, op. cit., p. 134.

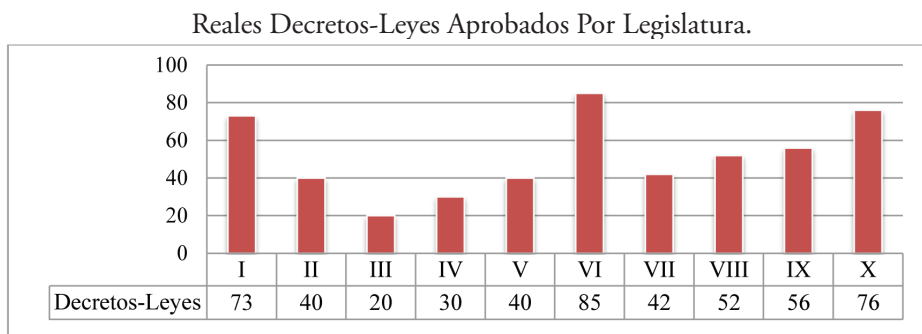
8 I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel Derecho, Barcelona, 1987, p. 212.

9 STC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º).

2. LAS CIFRAS DE LA CRISIS

Si ya la experiencia histórica y la propia redacción constitucional demuestran que las situaciones de crisis están en el origen de la legislación de urgencia, la utilización de ésta en la España constitucional viene a confirmar definitivamente dicho vínculo, pues los mayores volúmenes de decretos-leyes coinciden con momentos socialmente convulsos. En efecto, la X legislatura es la segunda, en 37 años de historia democrática, que mayor nivel de legislación de urgencia presenta, situándose en primer lugar la V legislatura (1996-2000), con 85 decretos-leyes y, en tercero, la I (1979-1982), con 73 decretos-leyes.

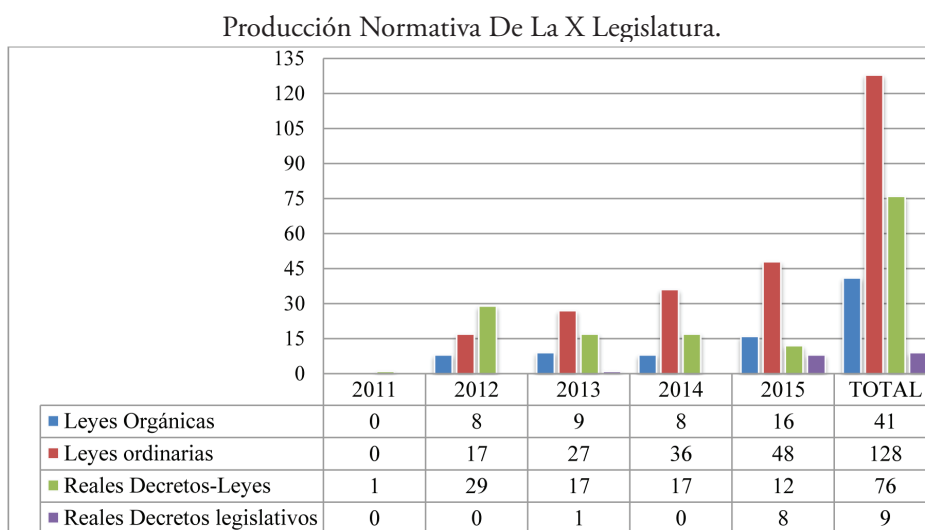
Gráfico 1¹⁰



Dejando al margen la cifra que ofrece la I legislatura, que puede explicarse desde la necesidad de adaptar un ordenamiento jurídico preconstitucional de manera relativamente ágil al nuevo orden que imponía el Estado Social y democrático de Derecho, el resto de legislaturas con mayores índices de producción normativa de urgencia tienen como común denominador el haber enfrentado una situación de desgaste y fuerte crisis económica: véase la VI y, especialmente, las IX y X. De esta forma, parece que las coyunturas económicas adversas o, al menos, comprometidas, aumentan los niveles de producción normativa de urgencia o, en otras palabras, que las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad suelen ser notablemente más frecuentes en contextos de estas características.

¹⁰ Datos extraídos de <http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Iniciativas/Indice%20de%20Iniciativas> (consultados al cierre de la X legislatura).

No obstante, siendo las cifras ofrecidas en términos absolutos increíblemente reveladoras, el impacto que la crisis económica tiene sobre la producción normativa estatal se aprecia incluso con mayor claridad si se compara el volumen de legislación de urgencia que presenta la X legislatura –en la que centramos el examen que ahora nos ocupa– con el volumen de legislación ordinaria.

Gráfico 2¹¹

A la vista de estos datos, la ratio de legislación de urgencia en la X legislatura vendría a suponer, aproximadamente, un 29,9% de la producción normativa estatal. Sin embargo, en términos reales, este porcentaje rozaría casi el tercio de ésta (32,2%), si se restan de las 128 leyes ordinarias que han sido aprobadas las 18 que provienen de decretos-leyes que han sido tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. Ahora bien, un panorama absolutamente insólito lo representa el año 2012, en el que 29 decretos-leyes fueron aprobados o, lo que es lo mismo, en el que se dictaron aproximadamente más de 2 al mes (2,41). Es más, tales cifras superan holgadamente a las que arroja la producción normativa convencional,

11 Datos extraídos de <http://www.congreso.es/porta1/page/porta1/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob> (consultados al cierre de la X legislatura).

esto es, a la suma de leyes orgánicas y ordinarias que asciende a 25, y que incluso podría rebajarse a 15, ya que 10 de las leyes aprobadas provienen de nuevo de decretos-leyes tramitados como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Además, y sin ánimo de empeorar un panorama normativo que por sí mismo es poco alentador, creo que no puede desatenderse que la legislación de urgencia de la X legislatura podría presentar aún unos niveles ligeramente superiores. Cada vez es más frecuente la aprobación de decretos-leyes ómnibus que, al introducir a través de un único decreto-ley una batería de regulaciones que sería merecedora de varios, ayudan a maquillar, siquiera levemente, las cifras referentes a la legislación de urgencia. En este contexto, a cualquier jurista persa¹² le resultaría muy difícil entender cómo se puede tildar de mecanismo de producción normativa excepcional aquél que se ha utilizado, en un lapso de casi cuatro años, 76 veces.

Ahora bien, que la crisis económica es el sustrato de estos altos índices de legislación de urgencia es algo que no deriva únicamente de la coincidencia temporal entre ambas cuestiones, sino del contenido material de los decretos-leyes. Y es que un importantísimo número de los que han sido aprobados en la X legislatura¹³ están llamados a gestionar la actual crisis económica, introduciendo medidas orientadas principalmente al impulso y la liberalización económicos¹⁴, a la concesión de créditos extraordinarios¹⁵, a la reestructuración y saneamiento del sistema financiero¹⁶, al

12 La expresión se toma de P. CRUZ VILLALÓN, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 2007.

13 Vid. las crónicas legislativas de M. AZPITARTE, «El capitalismo sin mercado financiero y sus consecuencias sobre el Estado constitucional», *REDC*, núm. 97, 2013; «En busca del Estado competitivo. Crónica política y legislativa del año 2013», *REDC*, núm. 100, 2014; «Los espacios del consenso y del conflicto. Crónica político-legislativa del año 2014», *REDC*, núm. 103, 2015.

14 Por ejemplo, entre otros, el Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

15 Por ejemplo, entre otros, el Real Decreto-Ley 26/2012, de 7 de septiembre, por el que se concede un crédito extraordinario en el presupuesto del Ministerio de Defensa para atender al pago de obligaciones correspondientes a programas especiales de armamento por entregas ya realizadas; o el Real Decreto-Ley 12/2013, de 18 de octubre, por el que se conceden suplementos de crédito por importe de 70.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Economía y Competitividad, para atender necesidades de financiación de la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas;

16 Por ejemplo, entre otros, el Real Decreto-Ley 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero; o el Real Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero; Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

ahorro, reducción del déficit o consecución de estabilidad presupuestaria¹⁷, así como a la reforma e impulso del mercado laboral¹⁸ y de la Seguridad Social¹⁹; calificándose además, buena parte de ellos, de «medidas urgentes».

Así las cosas, tanto la variable cuantitativa como cualitativa, si algo ponen de manifiesto, es que la crisis económica incide en las relaciones entre Ejecutivo-Parlamento y, especialmente, en el sistema de fuentes²⁰ que, en el contexto actual, presenta un protagonismo legislativo gubernamental escasamente discutible.

3. HACIA UN NUEVO PRESUPUESTO HABILITANTE

Las cifras de la producción normativa de urgencia y la naturaleza de los decretos-leyes aprobados en la X legislatura, muestran una clara tendencia gubernamental a identificar circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad con situaciones de crisis económica. Y es que, ciertamente, una coyuntura económica como la actual requiere una gestión política rápida y eficaz que en muchos casos precisa la adopción inmediata de medidas que no pueden esperar al siguiente ciclo presupuestario, especialmente cuando se trata, como sucede en este caso, de una crisis económica que sobrepasa las dimensiones del Estado español y se inserta dentro de un contexto europeo del que emanan directamente obligaciones y compromisos presupuestarios.

17 Por ejemplo, entre otros, el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público; el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público; el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

18 Por ejemplo, entre otros, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Real Decreto-Ley 23/2012, de 24 de agosto, por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo; Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida; Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

19 Por ejemplo, el Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de Seguridad Social.

20 Y. GÓMEZ LUGO, «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013, p. 103.

Sin embargo, ello no significa que la crisis económica haya devenido, ni pueda hacerlo, en el nuevo presupuesto habilitante, convirtiéndose en una suerte de «estado de excepción»²¹ que justifique el recurso prácticamente automático al decreto-ley. El presupuesto habilitante se refiere, en todo caso, a la concurrencia de circunstancias excepcionales, género del que lógicamente pueden ser especie las situaciones de crisis económica, siempre y cuando éstas cumplan los requisitos del art. 86.1 CE. En otras palabras: que ni todas las circunstancias extraordinarias y urgentes se identifican con situaciones de crisis económica, ni todas las situaciones de crisis económica son siempre extraordinarias y urgentes; de esta manera, no pueden hacerse sinónimos ambos conceptos sin distorsionar la propia naturaleza del presupuesto habilitante.

A estos efectos, conviene recordar que, desde su primera sentencia, el Tribunal Constitucional declaró ser «competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma por vía de decreto-ley», puesto que ello le corresponde al «juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado»²². No obstante, se encargó de precisar que el presupuesto habilitante no era «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes»²³. En efecto, el Alto Tribunal ha recordado, a lo largo de toda su jurisprudencia, la necesidad de que el Gobierno especifique «de forma explícita y razonada»²⁴ los motivos que le han llevado a la aprobación del decreto-ley, bien en la Exposición de Motivos, en el debate de convalidación o bien en el propio expediente de elaboración de la misma, puntualizando que estas exigencias mínimas de motivación no se satisfacen recurriendo a «fórmulas rituales de una marcada abstracción»²⁵, vacuas o estereotipadas, aplicables indistintamente a diferentes realidades.

21 En este sentido, E. ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del decreto-ley», *RAP*, núm. 191, 2013, p. 365.

22 STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 3.º).

23 STC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º).

24 A lo largo de toda su jurisprudencia, véanse por ejemplo las SSTC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 3.º), 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º), 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 6.º), 68/2007, de 28 de marzo (FJ 7.º), 1/2012, de 13 de enero (FJ 7.º), 96/2014, de 12 de junio (FJ 6.º), 81/2015, de 30 de abril (FJ 2.º).

25 Por ejemplo, y entre muchas otras, las SSTC 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 6.º), 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10.º), 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 142/2014, de 11 de septiembre (FJ 3.º) y 12/2015, de 5 de febrero (FJ 4.º).

Sin embargo, estas exigencias se han visto en buena medida erosionadas en la presente legislatura. Desafortunadamente, ha devenido muy frecuente la mera alusión a «la crisis económica, «la estabilidad presupuestaria», «el déficit público», «la contención del gasto» o, simplemente, a la necesidad de cumplir con los mandatos europeos en materia económica, como circunstancias automáticamente legitimadoras del recurso al decreto-ley.

Veamos esta tendencia mostrando algunos ejemplos. Uno de ellos podría ser el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, que expone:

«La consecución de estos objetivos [los objetivos de reducción del déficit para el año 2012], ciertamente exigentes, hace imprescindible la incorporación de estas medidas al ordenamiento sin más dilación razón por la cual concurren los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad que el artículo 86 de la Constitución Española exige para el empleo para la utilización de la figura normativa del real decreto-ley».

En términos similares se expresa el Real Decreto-ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financieros:

«En definitiva, las medidas previstas en este real decreto-ley y, en concreto, las exigencias adicionales de provisiones, vienen a reforzar la solvencia del sector financiero y a sanear sus balances. Esto fortalecerá la credibilidad en nuestro sistema financiero en el actual contexto, lo que a su vez contribuirá a la estabilidad financiera no sólo en el sector, sino del conjunto de la economía nacional. Es por ello que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del Real Decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del artículo 86 de la Constitución Española en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad».

En la misma línea se sitúa el Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida:

«En la presente norma concurren, por su naturaleza y finalidad, las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad exigidas por el artículo 86 de la Constitución Española para la aprobación de los decretos-leyes. La adopción de la medida regulada en este real decreto-ley obedece a la necesidad de fomentar la estabilidad del mercado laboral, mediante la contratación indefinida de trabajadores, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, así como de contribuir a la creación de empleo y de disminuir, a su vez, la dualidad del mercado

laboral. Todo ello requiere una respuesta inmediata, que justifica la adopción de esta medida con la mayor urgencia posible».

Estos son simplemente algunos ejemplos –podrían señalarse muchos más, pero no es el objetivo de las presentes páginas– que muestran el esquema argumentativo de buena parte de los decretos-leyes aprobados en la X legislatura. Básicamente, éste consiste en la inclusión –después de un repaso general a la gravedad del contexto económico actual– de una cláusula genérica sobre la concurrencia del presupuesto habilitante. En este sentido, la crisis económica y sus sucedáneos parecen haber devenido el «elemento habilitador estrella»²⁶, apareciéndose como categorías a las que resultan siempre inherentes las notas jurídicas de excepcionalidad y urgencia.

Es más, la crisis económica ha servido también de paraguas para acoger cambios normativos a través de decreto-ley que tienen una conexión escasa o nula con aquélla y que, además no responden a situaciones ni extraordinarias ni urgentes. Por ejemplo, ha servido para ampliar la oferta de empleo público²⁷, so pretexto de que el aumento de los medios personales de la Administración permite luchar contra el fraude fiscal, controlar el déficit público y alcanzar la sostenibilidad financiera. También ha permitido aprobar el Real Decreto-ley 6/2014, de 11 de abril, por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada Aznalcóllar, por cuanto «las excepcionales circunstancias que concurren en la actualidad por la situación económica han sido determinantes para considerar la reanudación de las actividades extractivas, que tanto empleo y riqueza pueden generar»; o el Real Decreto-ley 11/2015, de 2 de octubre, para regular las comisiones por la retirada de efectivo en los cajeros automático, ante «la necesidad de mantener la confianza y su influencia en el desenvolvimiento del tráfico comercial, en un contexto de recuperación económica donde el consumo interno se configura como uno de los puntales de esta recuperación», tal y como rezan sendas Exposiciones de Motivos.

Aun así, quizá el ejemplo que más claramente permita advertir cómo la crisis económica ha venido actuando como un presupuesto habilitante estándar para todo

26 A. DE LA IGLESIA CHAMARRO, «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», cit., p.78.

27 Por ejemplo, el Real Decreto-ley 3/2015, de 22 de marzo, por el que se prevé una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para luchar contra el fraude en los servicios públicos, para el impulso del funcionamiento de la Administración de Justicia y en aplicación de las medidas previstas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local; o el Real Decreto-ley 5/2014, de 4 de abril, por el que se prevé una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el impulso de la lucha contra el fraude fiscal y la aplicación de las medidas previstas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

tipo de medidas, venga dado por los ya mencionados decretos-leyes ómnibus²⁸. Tal vez el más ilustrador sea el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que en aras a «aumentar la competitividad y fomentar el funcionamiento eficiente de los mercados y mejorar la financiación, así como a mejorar la empleabilidad» (Exposición de Motivos), en 172 páginas, regula el uso de drones, ordena el pago de 164 millones a Gas Natural por el gasoducto del Magreb, autoriza la convocatoria de 200 plazas para el Ejército, establece un tipo del 0'03% en el impuesto a los depósitos bancarios, declara la celebración de los 120 años de la 1.º Exposición de Picasso en Coruña, regula el registro de empresas cinematográficas y audiovisuales, sustituye el nombre de Aena Aeropuertos por Aena, S.A, privatiza el Registro Civil... así hasta sumar un total de 60 medidas, que afectan a 9 Ministerios y modifican 26 leyes.

Sin embargo, el Tribunal ha entendido que «nada se opone en el texto constitucional a que un decreto-ley contenga medidas normativas de carácter heterogéneo, siempre que las mismas no afecten a las materias que le están constitucionalmente vedadas a dicho tipo de fuente», de manera que puede actuar como «una disposición en que se contenga una política económica de urgencia»²⁹. En este sentido, no se precisa que exista un presupuesto habilitante común —que, por otro lado, el Tribunal entiende que lo hay: la crisis económica—, sino la motivación concreta de cada una de las medidas adoptadas. Pero, por un lado, ¿verdaderamente puede considerarse que existe una «relación de adecuación»³⁰ entre las medidas antes mencionadas y la crisis económica? Y, por otro, ¿realmente pueden cohonestarse las mismas, al margen de cualquier referencia a la coyuntura económica, con la más mínima noción de necesidad extraordinaria y urgente?

Ahora bien, de esta vinculación casi automática entre crisis y excepcionalidad no es únicamente responsable el Ejecutivo, sino también, en buena parte, el propio

28 Otros ejemplos podrían ser el Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas; o el Real Decreto-ley 6/2015, de 14 de mayo, por el que se modifica la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine, se conceden varios créditos extraordinarios y suplementos de créditos en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas de carácter tributario.

29 STC 199/2015, de 24 de septiembre (FJ 3.º).

30 Esta relación de adecuación o conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la situación de excepcionalidad que pretende afrontarse, la ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4.º) y, a partir de entonces, en todas las sucesivas. Considerando que no existen en los decretos-leyes ómnibus, entre otros, I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», cit., pp. 121-122; M. CARRILLO, «El decreto-ley: ¿excepcionalidad o habitualidad?», *RCG*, núm. 11, 1987, p. 70.

Tribunal Constitucional. Y es que, desde muy temprano, éste vino a entender que la necesidad extraordinaria y urgente del art. 86.1 CE no era identificable con los Estados de emergencia del art. 116 CE. Se trataba, por el contrario, de una «necesidad relativa», –siguiendo la clásica división ya elaborada por Espósito³¹– que es aquella que surge «respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata» esto es, como aquella que permite «alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país o dar respuesta a las coyunturas económicas que exigen una rápida respuesta» o «a las perspectivas cambiantes de la vida actual»³². Pues bien, dentro de esta «anormalidad de tono menor», como diría De Otto³³, es donde encajan las «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento ha entendido el Tribunal que el decreto-ley «representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia»³⁴.

Al menos a priori, parece redundante esta afirmación del Tribunal, pues resulta evidente que las coyunturas económicas problemáticas, al igual que otras coyunturas que caen dentro del ámbito material del art. 86.1 CE, podrán ser objeto de los mismos si en ellas concurre el presupuesto habilitante. Superando el tenor literal de tal afirmación, la alusión expresa del Tribunal a este tipo de circunstancias no hace sino poner de manifiesto su actitud especialmente proclive a considerar al decreto-ley como un instrumento legislativo especialmente cualificado para abordar este tipo de situaciones, convirtiéndolo así en «un instrumento más de la política económica del Gobierno»³⁵. Ello lo demuestra el hecho de que en la inmensa mayoría de las sentencias en que el Tribunal ha entendido que existe una coyuntura económica problemática, ha considerado constitucionalmente adecuado el recurso al decreto-ley para enfrentarlas³⁶.

31 C. ESPOSITO, «Decreto-legge», *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè Editore, Varese, 1962, pp. 834-835

32 Así lo entendió el Tribunal desde su STC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º), y de ahí en adelante. Entre muchas otras, véanse las SSTC 225/1993, de 8 de julio (FJ 4.º), 329/2005, de 15 de diciembre (FJ 5.º) 137/2011, de 17 de septiembre (FJ 6.º), 100/2012, de 8 de mayo (FJ 8.º) 47/2015, de 5 de marzo (FJ 3.º).

33 I. DE OTTO, op. cit., p. 197.

34 Entre muchas otras, las SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º), 23/1993, de 21 de enero, (FJ 5.º); 31/2011, de 17 de marzo (FJ 4.º); 100/2012, de 8 de mayo (FJ 8.º), 83/2014, de 29 de mayo (FJ 4.º).

35 P. SANTOLAYA MACHETTI, «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley», *RDP*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 392-394.

36 Otras coyunturas económicas problemáticas identificadas por el Tribunal podrían ser la apreciación de la urgencia hecha por el Gobierno en casos de modificaciones tributarias que afecta-

En relación a la X legislatura, donde las coyunturas de este calibre han proliferado, el Tribunal ha diagnosticado como tal, por ejemplo, la situación que habían venido sufriendo los consumidores y usuarios de productos financieros incorrectamente comercializados, principalmente en materia de preferentes y deuda subordinada, para la cual el Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión, instrumentó «medidas dirigidas a compensar las consecuencias negativas que han afectado a las inversiones realizadas por un conjunto de inversores minoristas (...) mediante la agilización de los procedimientos previstos para la recuperación de las cantidades invertidas» (STC 12/2015, de 5 de febrero, FJ 4.º). También ha considerado una coyuntura de esas características el propio aumento del número de pensionistas que se había producido paralelamente a la disminución de las cotizaciones y que hizo preciso, para evitar el crecimiento del déficit, la adopción de medidas de disminución del gasto público entre las que se insertó la prevista en el art. 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, consistente en la suspensión de la paga única compensatoria (STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 4.º).

A la vista de esta tendencia jurisprudencial, resulta conveniente no olvidar que el hecho de que el decreto-ley pueda ser un instrumento apto para enfrentar coyunturas de este calibre no significa que siempre lo sea, pues no es ni el principal, ni aún menos el único, mecanismo legislativo para combatir dichas situaciones. Esta labor, en primera instancia, le corresponde sin discusiones a la ley, y sólo en el caso de que revistan carácter extraordinario y urgente, al decreto-ley. Lo contrario sería sobreentender que todo lo que pueda ser calificado de coyuntura económica problemática tiene encaje en el art. 86.1 CE o, sencillamente, crear una suerte de reserva normativa a favor de este instrumento jurídico, opciones ambas que en modo alguno se compadecen con nuestro sistema de fuentes. No obstante, el problema de que esta interpretación trae causa es aún más profundo pues deriva, en esencia, de

ban a las haciendas locales (STC 6/1983, de 4 de febrero), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1986, de 20 de febrero), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo Gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993, de 21 de enero), de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre) o, en fin, de necesidad de estimular el mercado del automóvil (STC 137/2003, de 3 de Julio); citadas, entre otras, por las SSTC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10.º) y 12/2015, de 5 de febrero (FJ 3.º).

considerar al decreto-ley como un instrumento legítimo para hacer frente a «necesidades relativas», a «las perspectivas cambiantes de la vida actual»³⁷ —en las que la cuestión económica, como ya se sabe, es una constante— pues, ¿no es éste el papel que desempeña la «Ley a secas»?³⁸

Al margen de esta cuestión, otra de las razones que han facilitado que las alusiones genéricas a la situación de crisis económica puedan pasar como motivación explícita y razonada se debe a la poca exigencia y rigor del Tribunal a la hora de fiscalizar dicha cuestión, el cual ha venido admitiendo que «la referencia a una concreta coyuntura económica» es suficiente para satisfacer dichos requerimientos. Por ejemplo, en la STC 12/2015, de 15 de febrero, el Tribunal sostuvo que el Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero atendía a «una problemática económica desfavorable, notoriamente conocida que ha afectado a un gran número de personas (...) que han sufrido las consecuencias negativas derivadas de una incorrecta comercialización de unos productos de inversión de carácter complejo (...) y que se han visto abocados a soportar especiales dificultades económicas para recuperar su inversión (...)» por lo que, en este caso, no se estaba ante «una descripción mediante fórmulas rituales o genéricas sino ante una referencia a una concreta coyuntura económica, que afecta a la liquidez de las acciones que los tenedores de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada recibirán en canje de sus títulos» (FJ 4.º).

En la misma línea, en la STC 81/2015, de 30 de abril, el Tribunal ha entendido que las razones del Gobierno sobre la concurrencia del presupuesto habilitante en el art. 2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad —que suprime la paga extraordinaria de diciembre de 2012 en el sector público— no son «imprecisas, ritua-

37 Las críticas y riesgos de esta flexibilización temprana del carácter extraordinario de la necesidad, pueden verse, entre otros, en P. CRUZ VILLALÓN, «Tres sentencias sobre el decreto-ley (STC 29/1982, 6 y 11/1983)», AA.VV., *El Gobierno en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1985, pp. 147-148; J.E. SORIANO GARCÍA, «Los decretos-leyes en la jurisprudencia constitucional española», *RAP*, núms.100-102, 1983, pp. 455-457; L. LAVILLA ALSINA, «Sobre los decretos leyes» en AA.VV., *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 620-622; S. SÁNCHEZ, «El control de las disposiciones normativas gubernamentales con rango de ley», *RDP*, UNED, núm. 23, 1986, pp. 174-176; A.M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del decreto-ley*, cit., pp. 99-102.

38 J. PÉREZ ROYO, «La distribución de la capacidad normativa entre el Gobierno y el Parlamento», cit., p. 139.

les, estereotipadas, retóricas, apodícticas o generales, ni sirven a cualquier propósito o finalidad (...) Al contrario, parten de una situación de recesión y crisis económica y financiera que es real y conocida; notoria, incluso (...) y también de unos compromisos internacionales [de reducción del déficit público] que son igualmente conocidos (...) Y con ese punto de partida justifican (...) una serie de medidas dirigidas a reducir el déficit público, objetivo inmediato de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea (...) e instrumento además para alcanzar el fin (político) de la recuperación» (FJ 4.º).

Igualmente, en la STC 95/2015, de 14 de mayo el Tribunal ha entendido que la motivación de la extraordinaria y urgente necesidad del art. 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social, por el que se suprime la paga única compensatoria, es explícita y razonada. Y ello porque son «los desequilibrios financieros (...) del Sistema de Seguridad Social, los que han determinado la adopción de medidas urgentes vinculadas entre sí (...)», por lo que sostiene que «la definición de la extraordinaria y urgente necesidad se realiza por referencia concreta a una situación de recesión y crisis económica y financiera, real y conocida, y a la exigencia de cumplimiento de unos compromisos internacionales de déficit igualmente notorios» (FJ 4.º)³⁹.

Ante semejante panorama jurisprudencial, la crisis económica, el déficit público y la estabilidad presupuestaria parecen haberse convertido en las nuevas fórmulas rituales de marcada abstracción que, sin embargo, superan el canon de constitucionalidad. A estos efectos, resulta especialmente revelador recordar la claridad y rigor que, en lo que ahora nos ocupa, aportó la STC 68/2007, de 28 de marzo⁴⁰ en la que el Tribunal, por primera vez, de forma contundente, declaró que «hablar de la cambiante situación de la economía internacional» o de «nuevas oportunidades más variadas que... en etapas anteriores» supone la utilización de fórmulas rituales de marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional

39 Otros ejemplos recientes, muy ilustradores acerca de la laxa interpretación del requisito de la motivación explícita y razonada al hilo de la crisis económica podrían ser las SSTC 83/2014, de 29 de mayo (FJ 4.º) 142/2014, de 11 de septiembre (FJ 5.º) 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5.º), 104/2015, de 28 de mayo (FJ 7.º), 156/2015, de 9 de julio (FFJJ 5.º y 6.º), 197/2015, de 14 de septiembre (FJ 4.º), entre otras.

40 Comentarios a esta sentencia, véanse, entre otros, A.L. SANZ PÉREZ, «De cómo puede apreciar el Tribunal Constitucional la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 10, 2007; M. PULIDO QUECEDO, «Decreto-ley, sin urgencia», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 730, 2007; A. DÍAZ DE MERA, «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del decreto-ley», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 24, 2011, pp. 146-154.

(FJ 10.º)» o, más recientemente la STC 136/2015, de 11 de junio, que afirmó que «la genérica referencia a la “actual coyuntura económica y la necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria” constituye una justificación genérica que no cabe estimar suficiente» (FJ 6.º). Sin embargo, y desafortunadamente, tales pronunciamientos constituyen más bien precedentes aislados que una línea jurisprudencial continua⁴¹.

Si algo resulta particularmente alarmante es que, no sólo el Ejecutivo, sino el Tribunal Constitucional, consideren como motivación explícita y razonada «la referencia a una concreta coyuntura económica». No sólo porque ello suponga prácticamente admitir que la crisis opere como presupuesto habilitante automático, sino porque tal referencia tiene que ver con la mera identificación de un contexto, pero no con su carácter extraordinario ni urgente. Y es que aquéllos parecen olvidar que lo que el art. 86.1 CE exige no es la exposición de los motivos sobre la adopción de las correspondientes medidas, sino sobre su excepcionalidad; pues lo constitucionalmente relevante no son tanto las razones del qué se regula, sino las del cómo se hace.

En este contexto, es evidente que si, con carácter general, el Tribunal traslada la fiscalización de la motivación del presupuesto habilitante al campo de la existencia de razones político-económicas para aprobar la norma, no pueda concluir otra cosa más que la concurrencia de dicha motivación. Por un lado, porque lo habitual es que en las Exposiciones de Motivos y en los debates de convalidación el Ejecutivo exponga la necesidad de adoptar las correspondientes medidas⁴². Por otro, porque resolver lo contrario supondría emitir juicios políticos que a él, como «control externo»⁴³, le están vedados. El problema reside, justamente, en que él mismo ha distorsionado el objeto de su fiscalización, que no tiene que ver con la necesidad de adoptar ciertas medidas, sino con la necesidad de hacerlo con carácter extraordinario y urgente, definición ésta que sí puede rechazar «en supuestos de uso abusivo o arbitrario»⁴⁴, puesto que, por revestir contenido jurídico, no es «inmune al control jurisdiccional»⁴⁵.

41 Las otras sentencias en las que el Tribunal consideró no existir motivación explícita y razonada son la STC 31/2011, de 17 de marzo; y las SSTC 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 27/2015, de 19 de febrero (FJ 5.º), 29/2015, de 19 de febrero (FF JJ 4.º y 5.º), 136/2015, de 11 de junio (FJ 6.º), 196/2015, de 24 de septiembre (FJ 6.º).

42 Voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la STC 48/2015, de 5 de marzo (FJ 2.º).

43 Entre otras, STC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º). Además, esta distinción entre las decisiones políticas y las jurídicas se puso de relieve por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones: SSTC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 5.º), 32/1981, de 21 de julio (FJ 6.º), 11/1981, de 8 de abril (FJ 7.º), entre otras.

44 Entre otras, STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 2.º)

45 Entre otras, STC 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 5.º).

4. LA ESTRUCTURALIDAD DE LA CRISIS FRENTE A LA COYUNTURALIDAD DE LOS DECRETOS-LEYES

La referencia a la crisis económica como presupuesto habilitante no sólo plantea problemas desde la óptica de la motivación explícita y razonada, sino que también pone en cuestión su encaje en aquél. La profundidad y el carácter prolongado de esta situación adversa resulta, en no pocas ocasiones, difícil de cohonstar con la naturaleza extraordinaria que, de acuerdo con el art. 86.1 CE, debe revestir la necesidad.

A estos efectos, conviene recordar que tal concepto sirve al propósito de resaltar el carácter inusual, grave y, especialmente, imprevisible, de la situación a abordar⁴⁶. Sin embargo, frente a estas exigencias, el Ejecutivo suele invocar de manera abstracta, como circunstancia extraordinaria, la crisis económica que, paradójicamente, lleva instalada en la sociedad española casi ocho años. ¿Cómo puede tildarse de imprevisible una situación que ya ha pasado a ser estructural y duradera?⁴⁷ En este sentido, podrán considerarse extraordinarias ciertas situaciones concretas que emerjan dentro de ésta y cuya urgencia y excepcionalidad debe ser motivada por el Gobierno, alejándose de la remisión generalizada a la misma que podrá ser, y es, en su conjunto grave o socialmente alarmante, pero ya no súbita. Y es que, justamente, debido a su naturaleza estructural, buena parte de los decretos-leyes orientados a combatirla, han introducido medidas y reformas de considerable envergadura.

46 Éstas son las tres notas inherentes al carácter extraordinario de la necesidad según J.A. SANTAMARÍA PASTOR, cit., pp. 633-634 y I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», cit., pp. 118-119. Más extensamente sobre la interpretación del presupuesto habilitante véase, entre otros, P. SANTOLAYA MACHETTI, *Régimen constitucional de los decretos-leyes*, cit., p. 105 y ss.; J. SALAS, op. cit., p. 29 y ss.; J. PÉREZ ROYO, *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 112-116; F. CALLEJÓN BALAGUER, *Fuentes del Derecho II*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 74 y ss.; A.M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, CEPC, Madrid, 1997, p. 76 y ss., y «Algunas reflexiones en torno a la urgente necesidad», *REP*, núm. 96, 1997; I. LASAGABASTER HERRARTE, «Los decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2003, p. 24 y ss.; A. DE VEGA GARCÍA, «La cláusula extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley en la jurisprudencia constitucional española», *REP*, núm. 68, 1990, p. 265; G.J. BARREIRO GONZÁLEZ, «Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de los decretos-leyes», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 51 y ss.

47 En este sentido, E. ARANA GARCÍA, op. cit., p. 375. En el mismo sentido se manifiesta el voto particular (FJ 2.º) que formulan la Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita y los Magistrados D. FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ y D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS a la STC 199/2015, de 24 de septiembre de 2015.

Igualmente, esta falta de idoneidad se revela con meridiana claridad si se tiene en cuenta que muchos de los decretos-leyes aprobados en este ámbito avalan su oportunidad en base a la existencia de situaciones que, si bien difíciles, se han venido prolongando en el tiempo; véase el paro o el déficit público, por ejemplo. Y no sólo eso, sino que tratan de motivar la concurrencia del presupuesto habilitante aludiendo a la existencia de Planes integrales de reformas, de «íteres» legislativos ya iniciados para combatir la crisis económica, o a compromisos económicos y presupuestarios asumidos con la Unión Europea; justificaciones todas ellas que, si algo ponen de manifiesto, es la ausencia de imprevisibilidad de las medidas adoptadas, resaltando, más bien, su carácter anticipado y previsor⁴⁸.

Veamos esta tendencia con algunos ejemplos. Uno increíblemente ilustrador podría ser la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁴⁹ que, como reza su Exposición de Motivos, trata de mejorar la situación del mercado laboral español que, además de haber comenzado a mostrar sus debilidades en el 2008, presenta unos problemas que «lejos de ser coyunturales, son estructurales, afectan a los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que, pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, continúa siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas». El propio Ejecutivo, además de barajar diferentes baremos estadísticos en materia de empleo de los últimos años, admite en la Exposición de Motivos que desde el inicio de la crisis se habían venido adoptando medidas para reformar el mercado laboral y que todo ello se insertaba dentro del marco de las Recomendaciones Europeas en esta materia (año 2011); consideraciones que compartió la Ministra de Empleo y Seguridad Social al apuntar en el debate de convalidación que el decreto-ley se enmarcaba en el conjunto de reformas estructurales que el Gobierno había puesto en marcha para agilizar la recuperación económica y que formaba parte

48 Considerando este tipo de datos como indiciarios de previsibilidad, entre otros, I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español», cit., pp. 118-119; P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, cit., pp. 129-130.

49 Este decreto-ley introduce un conjunto de medidas que pretenden fomentar la empleabilidad de los trabajadores, reformando aspectos relativos a la intermediación laboral y a la formación profesional (capítulo I); fomentar la contratación indefinida y otras formas de trabajo, con especial hincapié en promover la contratación por PYMES y de jóvenes (capítulo II); incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo (capítulo III); y, finalmente, favorecer la eficiencia del mercado de trabajo como elemento vinculado a la reducción de la dualidad laboral, con medidas que afectan principalmente a la extinción de contratos de trabajo (capítulo IV).

de uno de los compromisos que había asumido en su investidura el Presidente del Gobierno⁵⁰.

Otro ejemplo podría ser el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones⁵¹, que realizó una «reforma de calado»⁵² orientada a revisar los rasgos básicos y configuradores de aquél, que, como se apunta en la Exposición de Motivos, lleva tiempo «sufriendo situaciones de descoordinación y la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional». Como también se señala en aquélla, «los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad», haciéndose necesaria «la reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo». Además, las medidas introducidas «forman parte del programa de reformas del Gobierno y que recoge el compromiso de su presidente para acabar con las incertidumbres y problemas que se han generado en los últimos años»⁵³, según explicó la Ministra de Sanidad en el debate de convalidación.

Y como éstos, podrían señalarse otros decretos-leyes que en la presente legislatura, con ocasión de la crisis económica, han llevado a cabo importantes reformas estructurales en diversos ámbitos de gran impacto social, principalmente el laboral⁵⁴, el concursal⁵⁵ y el financiero⁵⁶, con el afán de adaptar sus correspondientes regula-

50 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD), núm. 17 de 08/03/2012, p. 3.

51 Éste, cambia la regulación de la condición de asegurado y la asistencia sanitaria en casos especiales, suprimiéndola para los extranjeros sin residencia legal (Capítulo I); introduce una categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud (Capítulo II); crea el Fondo de Garantía Asistencial (Capítulo III); incorpora determinadas medidas relacionadas con la prestación farmacéutica –entre ellas el copago sanitario– (Capítulo IV) y otras destinadas a corregir determinadas situaciones estructurales del Sistema Nacional de Salud en relación con los recursos humanos (Capítulo V).

52 DSCD, núm. 31 de 17/05/2012, p. 58.

53 *Ibidem*, p. 56.

54 Por ejemplo, el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, o el Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral.

55 Por ejemplo, el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, o el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

56 Por ejemplo, y entre otros, el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructura-

ciones a la coyuntura económica actual. Pero es que si la imprevisibilidad se suplanta enteramente por la mera conveniencia político-económica de adoptar medidas o reformas, se produce el absurdo de que es la voluntad del Gobierno el único requisito determinante para acudir al decreto-ley⁵⁷. La legislación de urgencia no puede convertirse en una herramienta adaptativa de la regulación existente a la evolución de ciertas circunstancias económicas o sociales, pues dicha finalidad «responde más al esquema propio de los tratamientos continuados preventivos y de acompañamiento que al de las acciones quirúrgicas de emergencia»⁵⁸. En otras palabras, que no cabe que los decretos-leyes, al hilo de la crisis económica, se arroguen facultades de innovación y adaptación legislativa que simple y llanamente le corresponden a la ley.

Ahora bien, la posibilidad de que a través de decreto-ley se trate de dar respuesta a situaciones estructurales no es únicamente obra del Gobierno, sino también del Tribunal Constitucional. Principalmente desde el año 2007-2008 –coincidiendo con el estallido de la crisis económica– éste ha venido subrayando con cierta insistencia que el decreto-ley «aun configurándose como un instrumento normativo constitucionalmente apropiado ante problemas o situaciones coyunturales, no cabe excluir en principio y carácter general su uso ante problemas o situaciones estructurales», aunque, en estos casos, exige la concurrencia de ciertas «notas de excepcionalidad, gravedad, imprevisibilidad o relevancia»⁵⁹. Sin embargo, resulta curioso que el Tribunal haga privativas dichas notas –y con carácter alternativo– de las situaciones estructurales, cuando ninguna situación sin ellas debería habilitar el uso del decreto-ley. Y no sólo eso, sino que entienda que el decreto-ley es apto para acometer reformas de esta envergadura⁶⁰, no tanto porque su calado recomiende su tramitación parlamentaria por cuestiones de legitimidad democrática y técnica legislativa, sino primordialmente porque resulta ciertamente difícil comprender cómo un cambio estructural puede ser tan frecuentemente inusual, imprevisible y grave.

ción y resolución de entidades de crédito, el Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, o el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

57 S.SANCHEZ, op. cit., p. 178.

58 STC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10.º).

59 SSTC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10.º), 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5.º), entre otras.

60 En este sentido, entre otros, P. SANTOLAYA MACHETTI, «Veinticinco años de fuentes del Derecho: el decreto-ley», cit., pp. 396-398, y G.J. BARREIRO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 57-58.

De esta suerte de contradicción fue plenamente consciente el Tribunal en sus inicios, donde pareció mantener un rigor llamativamente ausente hoy. Aquél declaró que las medidas introducidas vía decreto-ley no podían «alterar la estructura del ordenamiento» admitiendo que «no es imposible que en algún caso esa necesidad urgente y extraordinaria haya de ser resuelta mediante una modificación de estructura, pero siendo esto excepcional, habrá de demostrarse en cada caso que ello es indispensable»⁶¹. De aquí se deduce con claridad que el decreto-ley no está pensado, por su propia naturaleza, para acometer este tipo de reformas que, de suceder, no podrían ni ser habituales ni carecer de motivación explícita y razonada, justo lo contrario de lo que actualmente viene sucediendo. Si es así, deviene una ardua labor —como lo está siendo— trazar la frontera, si es que aún existe, entre la legislación ordinaria y la de urgencia.

En la misma línea, las situaciones estructurales están teniendo buena acogida en la legislación de urgencia porque el requisito de la imprevisibilidad que el propio Tribunal declaró ser determinante para apreciar la existencia de una necesidad extraordinaria⁶², ha sido curiosamente exonerado por él mismo. Éste ha declarado que «la valoración de la extraordinaria y urgente necesidad de una medida puede ser independiente de su imprevisibilidad, e incluso, de que tenga su origen en la previa inactividad del Gobierno, siempre que concurra la excepcionalidad de la situación», puesto que «lo que importa no es tanto la causa de las circunstancias que justifican la legislación de urgencia cuanto el hecho de que tales circunstancias efectivamente concurren»⁶³. Así, parece suficiente con que las circunstancias se consideren extraordinarias y urgentes «desde la perspectiva subjetiva y puramente contingente»⁶⁴ del Ejecutivo.

Es precisamente esta interpretación excesivamente laxa la que explica que al Alto Tribunal, en relación a lo que ahora nos ocupa, le resulte totalmente indiferente que los decretos-leyes vengan a combatir una crisis económica internacional que se

61 STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6.º).

62 SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º), 29/1986, de 20 de febrero (FJ 2.º), 68/2007, de 28 de marzo (FJ 8.º), entre otras.

63 Ello se puso de manifiesto la primera vez en la STC 11/2002, de 17 de enero (FJ 6.º), intensificándose de forma especial en estos últimos años. Véanse, por ejemplo, las SSTC 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 1/2012, de 13 de enero (FJ 6.º), 39/2013, de 14 de febrero (FJ 8.º), 183/2014, de 6 de noviembre (FJ 2.º), 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º), 47/2015, de 5 de marzo (FJ 5.º), entre otras.

64 A.M. CARMONA CONTRERAS, «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, 2013, p. 7.

prolonga desde hace varios años (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 6.º) o a reducir el déficit público, de cuyas exigencias y evolución era perfectamente conocedor el Ejecutivo mucho antes incluso de su aprobación (STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 5.º). También, por ejemplo, que por decreto-ley se introduzcan modificaciones retributivas justo después de la aprobación de una ley de presupuestos –autonómica en este caso– en la que perfectamente podían haberse incluido, al prever ésta una batería de medidas anticrisis, pues esta hipótesis «aun cuando fuera cierta, no tiene por qué afectar a la constatación de la existencia de un situación de extraordinaria y urgente necesidad» (STC 104/2015, de 28 de mayo, FJ 7.º)⁶⁵.

Aun así, es preciso decir que, desde el año 2007, primera vez en que el Tribunal declara la inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de concurrencia del presupuesto habilitante, aquél trató de matizar la interpretación referente a la imprevisibilidad que venía manteniendo, sosteniendo que, en ausencia de la misma, el Gobierno debía justificar «los perjuicios u obstáculos que, para la consecución de los objetivos perseguidos, se seguirían de su tramitación por el procedimiento legislativo parlamentario en su caso por el trámite de urgencia»⁶⁶; o por qué la medida introducida por el decreto-ley, para conservar su eficacia, «no puede demorarse durante el tiempo necesario para permitir su tramitación por el procedimiento legislativo ordinario (...) bien por el tiempo a invertir o por la necesidad de inmediatez de la medida»⁶⁷. Realmente, esto es lo que el Gobierno debiera hacer a la hora de aprobar un decreto-ley, y no sólo en los casos de ausencia de imprevisibilidad –que, por otro lado no habrían de permitirse– sino en todos, pues es la única manera de demostrar el carácter inaplazable de la intervención normativa. Sin embargo, la realidad jurisprudencial demuestra que en muy pocas ocasiones la falta de estas justificaciones ha llevado a la declaración de inconstitucionalidad de los decretos-leyes impugnados⁶⁸.

65 Fuera del ámbito económico, el Tribunal también ha considerado legítimo que vía decreto-ley se adopten medidas para adaptar ciertas regulaciones a las imposiciones del Derecho de la Unión Europea, que otorgaba amplios plazos de trasposición (STC 142/2014, de 11 de septiembre, FJ 6.º); que se adapten las normas del ordenamiento jurídico a un nuevo régimen jurídico que otorga un plazo para llevar a cabo esta adaptación o que se prorrogue una situación jurídica anterior, como la entrada en vigor de una ley (STC 199/2015, de 24 de septiembre, FFJJ 9.º y 10.º respectivamente)⁶⁵; o que, sencillamente, se ejecute una de sus sentencias (STC 197/2015, de 24 de septiembre, FJ 5.º).

66 STC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 12.º).

67 STC 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º).

68 Además de las citadas en el texto, las SSTC 68/2007 de 28 de marzo (FJ 8.º); 31/2011, de 17 de marzo (FJ 8.º); 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7.º); 27/2015, de 19 de febrero (FJ 6.º), 136/2015, de 11 de junio (FJ 6.º), 196/2015, de 24 de septiembre (FJ 6.º).

Por citar algunos de los pocos ejemplos recientes, esta interpretación es la que ha mantenido el Tribunal en la STC 29/2015, de 19 de febrero (FJ 5.º), donde, a propósito de la impugnación de los arts. 7 y 8.5 del Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, sostuvo que la necesidad de adoptar reformas orientadas a la recuperación económica, la creación del empleo y al reforzamiento de la seguridad jurídica, no era justificación suficiente para modificar la tipificación de sanciones e infracciones en el orden social y atribuirle al SEPE competencia para sancionar determinados tipos, pues no se había explicitado por qué esta modificación tuvo que llevarse a cabo en un plazo de tiempo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, ni cuales hubieran sido los obstáculos o perjuicios para la efectividad de las medidas adoptadas de haberse hecho así.

En la misma línea se ha posicionado en la STC 199/2015, de 24 de septiembre, respecto de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en materia de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación (art. 116), en la que consideró que el uso del decreto-ley para adaptar la normativa en aquella materia a los principios que recogía la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, no era constitucional. Y ello, no porque ésta hubiera previsto un plazo de seis meses para operar esta adaptación –admitiendo aquí el Tribunal la posible previsibilidad–, sino porque el Ejecutivo no había aludido más que a tal necesidad de armonización para recurrir a la legislación de urgencia, sin razonar «en torno a la concurrencia de una situación de urgencia (...) que no le permite o no le haga aconsejable esperar a la tramitación de una reforma de la ley por el trámite del procedimiento legislativo ordinario o del procedimiento legislativo de urgencia» (FJ 9.º).

Por otro lado, el uso del decreto-ley para acometer reformas estructurales pone en cuestión otra de las piezas claves del presupuesto habilitante: la urgencia⁶⁹. Y es que la utilización de este cauce normativo para operar en el ordenamiento jurídico reformas de tal envergadura presenta otra implicación importante que tiene que ver, en esencia, con la falta de inmediatez de las medidas. En estos casos, es frecuente que el Ejecutivo establezca una cautela de transitoriedad que permita adaptar los medios materiales, personales y económicos al nuevo orden establecido. Buen ejemplo de ello es el tan controvertido Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas

69 Sobre la interpretación del requisito de la urgencia al hilo del presupuesto habilitante véase la bibliografía referenciada en la nota 46.

urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que declaró aplicable el nuevo régimen de acceso a la salud (que, entre otras cosas, excluye a los extranjeros sin residencia legal salvo excepciones tasadas muy restrictivas) el 1 de septiembre de 2012, esto es, más de cuatro meses después de la aprobación de la norma (Disposición Transitoria 1.^a).

Y no sólo eso sino que, en otras ocasiones, los decretos-leyes se limitan a diseñar un régimen jurídico que necesita de complementos normativos posteriores para ser verdaderamente efectivo. Ejemplo de ello, entre muchos otros, puede ser el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que remite al reglamento la regulación concreta del procedimiento de venta extrajudicial en el plazo de seis meses (Disposición Final 3.^o); la Disposición Adicional Única del Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios que prevé la creación de un Fondo Social de Viviendas propiedad de las entidades de crédito para las personas que hayan sido desahuciadas, sin concretar ni cómo ni cuándo; o todos aquellos decretos-leyes que se limitan sencillamente a autorizar la convocatoria de plazas de empleo público⁷⁰.

Ahora bien, pareciendo este tipo de dilaciones poco compatibles con la más simple noción de urgencia, la jurisprudencia constitucional considera que el hecho de que se difiera a un momento posterior a la entrada en vigor la aplicación efectiva de las medidas que el decreto-ley incorpora, es perfectamente constitucional, pues la introducción de una cautela de transitoriedad no excluye la urgencia de la medida toda vez que lo urgente es el establecimiento de un «nuevo marco jurídico»⁷¹. De hecho, ha advertido de «que no se debe confundir la eficacia inmediata de la norma provisional con la ejecución instantánea de la misma», pues «solo aquella es un requisito ínsito en la definición constitucional del decreto-ley establecida en el art. 86 CE»⁷². Además, el Tribunal ha afirmado que «lo verdaderamente importante desde el punto de vista constitucional, es que el decreto-ley produzca una innovación normativa efectiva, y no que el régimen jurídico introducido a través del mismo sea completo o definitivo»⁷³. En este sentido, la

70 Véanse algunos ejemplos en nota 27.

71 Desde las tempranas SSTC 29/1986, de 20 de febrero (FJ 2.^o) o 23/1996, de 21 de enero (FJ 6.^o), hasta las más recientes SSTC 93/2015, de 14 de mayo (FJ 9.^o), o 199/2015, de 24 de septiembre (FJ 7.^o).

72 SSTC 237/2012, de 13 de diciembre (FJ 6.^o), 104/2015, de 28 de mayo (FJ 7.^o), entre otras.

73 SSTC 31/2011 de 17 marzo (FJ 7.^o), 332/2005, de 15 de diciembre (FJ 7.^o), 156/2015, de 9 de julio (FJ 6.^o), entre otras.

urgencia tiene que ver con la necesidad de intervenir normativamente, no con la de aplicar las medidas que se introducen⁷⁴.

En base a esta línea jurisprudencial, por ejemplo, el Tribunal consideró recientemente compatible con el presupuesto habilitante que las modificaciones de los días de asuntos particulares, los días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza y de las vacaciones de los funcionarios públicos operada por el art. 8 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, quedaran aplazadas al 1 de Enero de 2013 (Disposición Transitoria 1.^a). Y ello por cuanto «su aplicación a mitad de año hubiera podido incidir de modo notable en los intereses de las Administraciones públicas destinatarias del nuevo régimen, que necesariamente han de precisar de un cierto margen de tiempo entre la aprobación de la norma legal y su entrada en vigor para organizar sus estructuras y servicios y adaptarlos al nuevo sistema de permisos y vacaciones, teniendo en cuenta, también, los intereses de los funcionarios dependientes de aquellas» (STC 156/2015, de 9 de julio, FJ 5.º).

En la misma línea, el Tribunal entendió que la entrada en vigor en 2013 del nuevo calendario de horarios comerciales de domingos y festivos que introdujo el art. 27 del decreto-ley antes citado (Disposición Transitoria 14.^a), respondía a la necesidad de que las Comunidades Autónomas «dispusieran de un margen temporal cierto para poner en marcha los procedimientos necesarios para adaptar los calendarios de domingos y festivos del año 2013, pues precisamente el precepto impugnado otorga a aquellas un margen de desarrollo normativo», concretado en la Disposición Final 3.º de la citada norma (FJ 6.º); expresándose en términos similares en relación a la liberalización de horarios comerciales, en la reciente STC 199/2015, de 24 de septiembre (FJ 6.º).

Sin embargo, creo que es cuestionable que una medida que resulta aplicable mucho tiempo después de su aprobación –bien porque se difiere temporalmente su aplicación efectiva o bien porque precisa, para ello, de complementos normativos– pueda cohonestarse con el carácter «perentorio e inminente»⁷⁵ que debería definir a la urgencia⁷⁶. En estos casos, no resulta fácil demostrar por qué tales medidas no podrían haberse tramitado por vía parlamentaria, ni si quiera por la de la urgencia que, recuérdese, es el parámetro que desde muy temprano el Tribunal ha establecido

74 A.M. CONTRERAS, *La configuración constitucional del decreto-ley*, cit., p. 125 y ss.

75 Siguiendo la definición otorgada por J.E. SORIANO GARCÍA, op. cit., p. 456.

76 En este sentido, entre otros, E. ARANA GARCÍA, op. cit. p. 344; G.J. BARREIRO GONZÁLEZ, op. cit., pp. 57-59; P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, cit., pp. 120-121.

como referencia para valorar la existencia de la urgencia a efectos del art. 86.1 CE⁷⁷. Y es que, más que la modificación «de manera inmediata la situación jurídica existente»⁷⁸, lo que debería modificarse debería ser la situación de facto que se aparecía urgente y que precisamente motivó la activación del mecanismo del art. 86 CE, o, lo que es lo mismo, que la urgencia debería predicarse no sólo del continente, sino también del contenido.

Un ejemplo reciente e increíblemente claro de esta lógica, que debería ser la imperante, es la STC 199/2015, de 24 de septiembre (FJ 10.º) en relación a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones 20.º-24.º del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Éstas lo que hacían era introducir modificaciones sustantivas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, cuya vigencia se prorrogaba en la Disposición Adicional 19.º del decreto-ley, declarada constitucional. Esto fue apreciado por el Alto Tribunal como una «contradicción con el uso del decreto-ley» dado que «había tiempo para tramitar como ley lo que se aprueba por decreto-ley» (FJ 9.º). Y no sólo eso, sino que, por quedar tales previsiones condicionadas a un futuro desarrollo normativo para poder ser aplicadas, que ni existía ni había sido concretado, el Tribunal consideró no existir realmente urgencia para aprobar tales disposiciones.

En definitiva, no es objeto de discusión el hecho de que muchas de las medidas que a través de decreto-ley se han introducido, principalmente de naturaleza económica, necesiten de un plazo de transitoriedad para implantarse o un posterior complemento normativo, pues su naturaleza puede hacerlo conveniente. Lo que aquí se cuestiona es que, si ello es preciso, quizá se esté en presencia de cuestiones que no sean susceptibles de ser objeto de regulación por decreto-ley. De hecho, este razonamiento se vislumbra en la primera sentencia del Tribunal en esta materia cuando, tras exigir que las medidas fueran «concretas y de eficacia inmediata», entendió que, precisamente por ello, no podían «alterar la estructura del ordenamiento»⁷⁹, lo que «a sensu contrario» significa que las medidas estructurales tienden a no ser ni concretas ni de eficacia inmediata, sino a requerir un tratamiento normativo prolongado o continuado más propio de la legislación ordinaria que del «instrumento de acción inmediata»⁸⁰ del art. 86 CE.

77 Entre las primeras, las SSTC 6/1983, de 4 de febrero (FJ 5.º) y 11/1983, de 2 de diciembre (FJ 6.º).

78 Exigencia del Tribunal ya en la STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6.º).

79 STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 6.º).

80 Así lo califica el Tribunal en la STC 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 4.º).

5. ¿LA GESTIÓN DE LA CRISIS O LA EVASIÓN DEL PARLAMENTARISMO?

Si algo resulta meridianamente claro después de lo estudiado en las páginas precedentes es que, en una coyuntura económica como la actual, el recurso a la legislación de urgencia se ha convertido en una constante. El decreto-ley ha devenido, casi indiscutiblemente, en el «instrumento habitual y ordinario para impulsar una genérica agenda reformadora del Gobierno»⁸¹, ofreciendo respuestas jurídicas altamente pertinentes o necesarias a juicio del Ejecutivo, pero escasamente extraordinarias y urgentes desde la perspectiva del art. 86.1 CE. Aunque pueda resultar comprensible que un contexto de esas características incida en cierto modo en el sistema de fuentes, lo que no resulta admisible es que termine por invertir los presupuestos del propio orden democrático, haciendo de la excepción constitucional la regla de gobierno⁸².

No obstante, sería injusto y poco ajustado a la realidad considerar al Ejecutivo como único artífice de esta distorsión pues, como se ha visto, el Tribunal Constitucional se ha mostrado, con carácter general, excesivamente deferente con el uso que el Gobierno ha venido haciendo de la legislación de urgencia. Y es que, incluso en aquellas ocasiones en las que la justicia constitucional llegó, lo hizo generalmente tarde; en momentos, a veces, en los que ni la disposición estaba en vigor ni el Ejecutivo que la aprobó en el Gobierno⁸³. En este sentido, la intensidad y efectividad de un control jurisdiccional que podría y debería actuar como muro de contención de estos abusos, se ve inevitablemente rebajada.

Sin ánimos de justificar una distorsión jurídica en todo caso denunciable, quizá resultase más fácil entender un recurso tan asiduo al decreto-ley si éste fuera una forma de sacar adelante un programa de Gobierno que se encontrase con impedimentos por parte de la oposición en sede parlamentaria. Pero si algo llama la atención de la X legislatura, es que existiendo mayoría absoluta en ambas Cámaras, el Ejecutivo haya recurrido con tan poco recato a la legislación de urgencia. Además, esta falta de

81 Voto particular (FJ 2.º) que formulan la Magistrada Dña. Adela Asua Batarrita y los Magistrados D. Fernando Valdés Dal-Ré y D. Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 199/2015, de 24 de septiembre de 2015.

82 E. ARANA GARCÍA, op. cit., p. 365.

83 Sirvan como ejemplo de estas dilaciones la STC 68/2007, de 28 de marzo, o las SSTC 31/2011, de 17 de marzo; 137/2011, de 14 de septiembre; 1/2012, de 13 de enero; 100/2012, de 8 de mayo, que incurrieron en un retraso de, aproximadamente, once años. La media, a la vista de la última jurisprudencia, suele estar en tres o cuatro años (SSTC 27/2015, de 19 de febrero; 29/2015, de 19 de febrero; 136/2015, de 11 de junio; 196/2015, de 24 de septiembre).

razonabilidad se agrava si se tiene en cuenta que los procedimientos legislativos abreviados⁸⁴ que el legislador ha arbitrado consciente de que las Cámaras deben enfrentarse, en ocasiones, a situaciones marcadas por la premura temporal (procedimiento legislativo de urgencia, en lectura única y delegación de competencia legislativa a favor de las Comisiones), se impulsan justamente a iniciativa del Gobierno o de la mayoría parlamentaria que lo sustenta.

Así las cosas, la realidad política demuestra que ni una sólida mayoría en las Cámaras desincentiva la tendencia a gobernar a base de decreto-ley⁸⁵. Si el recurso constante a la legislación de urgencia no tiene que ver con la viabilidad política de las medidas que incorpora, resulta evidente que sólo lo hace con el cauce por el que se introducen. Y es que, como es bien sabido, cuando el Gobierno aprueba un decreto-ley, no precisa autorización previa, ni comunicación a otro órgano, ni sujeción a ningún procedimiento específico⁸⁶, de manera que su sola voluntad unilateral es suficiente para aprobar la norma, sin necesidad de someterse a la deliberación parlamentaria⁸⁷ que vertebra el desarrollo de un procedimiento legislativo. Por eso, el quién decide, independientemente de que tenga la misma impronta política que la correspondiente mayoría parlamentaria, es importante, porque predetermina el cómo lo hace.

En efecto, el propio Tribunal se encargó de recordar, desde muy temprano, que la legislación de urgencia era «una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que este dispensa»⁸⁸, razón por la cual debía acotarse a circunstancias excepcionales. Y es que esa participación minoritaria y el debate público que desencadena son una garantía democrática⁸⁹ y un claro límite a la actuación gubernamental⁹⁰, puesto que someten las decisiones al escrutinio públi-

84 Y. GÓMEZ LUGO, op. cit., pp. 113-116, propone el uso de estos cauces como remedios frente al abuso del decreto-ley.

85 A. M. CARMONA CONTRERAS, «El decreto-ley en tiempos de crisis», cit., p. 12; M. CARRILLO, op. cit., p. 71.

86 I. DE OTTO, op. cit., p. 202.

87 M.A. PRESNO LINERA, «Partidos políticos y movimientos ciudadanos en la sociedad del riesgo y la desconfianza». *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos n.º 8*. Junta General del Principado de Asturias, 2014, p. 234; pone como ejemplo de la escasa deliberación parlamentaria el abuso del decreto-ley en la presente legislatura.

88 STC 182/1997, de 28 de octubre (FJ 3.º).

89 L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006, p. 104.

90 M. ARAGÓN REYES, A.J. GÓMEZ MONTORO (Coord.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*, CEPC, Madrid, 2005, p. 59.

co y obligan a la fuerza política mayoritaria a justificarse y enfrentarse a las críticas de la oposición.

En este punto conviene señalar, aunque sin ánimo de exhaustividad, que estas deficiencias deliberativas no se salvan en el trámite de convalidación del decreto-ley por el Congreso de los Diputados⁹¹. Las facultades de fiscalización de las minorías parlamentarias resultan más bien «pálidas»⁹²: el debate es sobre la totalidad del texto (art. 151.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, en adelante RCD), cada Grupo Parlamentario tiene 15 minutos para intervenir, 10 para fijar su posición una vez que todos hubieran intervenido (art. 74.2 RCD), y la convalidación es en bloque, esto es, aceptando o rechazando el texto en su totalidad sin posibilidad de introducir modificaciones. Así pues, especialmente en una legislatura de mayoría absoluta como la actual, no sólo el control por el Congreso es absolutamente irrelevante, toda vez que la mayoría parlamentaria no va a rechazar el producto normativo de su propio Gobierno, sino también el control en el Congreso⁹³. Igualmente, a pesar de que el art. 86.3 CE prevé la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia, solamente 18 de los 76 aprobados se han acogido a esta posibilidad, la cual, además de depender únicamente en esta legislatura de la voluntad de la fuerza política que ostenta mayoría absoluta –pues se precisa votación a favor de la Cámara– constituye un trámite que, de seguirse, no admite enmiendas de totalidad de devolución (art. 151.4 RCD).

Con esto no quiere sostenerse que los decretos-leyes sean fórmulas normativas antidemocráticas, sino que devienen peligrosamente ilegítimas cuando en nombre de la eficacia en la gestión de los asuntos económicos, terminan por sacrificar la legitimidad democrática de las decisiones políticas⁹⁴. O, lo que es lo mismo, cuando

91 Más extensamente sobre el proceso de convalidación parlamentaria y la tramitación como proyecto de ley, entre muchos otros, J. SALAS, op. cit., p. 82 y ss.; P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen jurídico de los decretos-leyes*, cit., p. 179 y ss.; A.M. CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional de los decretos-leyes*, cit., p. 239 y ss.; R. TUR AUSINA, *El control parlamentario de los decretos-leyes*, CEPIC, Madrid, 2002 y «La participación de la oposición en el control de los decretos-leyes», *Debates constitucionales*, núm. 1, 1999; J. GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 211 y ss.; J.R. MONTERO GIBERT, J. GARCÍA MORILLO, *El control parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 93 y ss.

92 F. RUBIO LLORENTE, «Relaciones del Gobierno y la Administración con las Cortes», *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1993, p. 291.

93 Siguiendo la clásica distinción entre control en el Parlamento y por el Parlamento de M. ARAGÓN REYES, «El control parlamentario como control político», *RDP*, núm. 23, 1986, p. 27 y ss.

94 Alertando de estos riesgos, M. CARRILLO, op. cit., p. 63.

en vez de ser utilizados para abordar necesidades extraordinarias y urgentes, se convierten en una forma sutil de sustraerse a las formas que disciplina el propio sistema democrático. En estos casos, la imprevisión y la gravedad jurídicas que reclama el art. 86.1 CE, se sustituyen por la conveniencia, y la urgencia por la comodidad política⁹⁵.

Y es que, aun cuando el resultado normativo hubiera sido el mismo, en muchos casos, de haberse seguido la correspondiente tramitación parlamentaria, huelga decir que la democracia no es sólo cuestión de normas, sino también de formas que, por lo general, exigen que las decisiones sean fruto de la voluntad popular y no simplemente de la mayoritaria. De lo contrario, en las clásicas palabras de Rubio Llorente «si la voluntad de la mayoría es, sin discusiones, la voluntad del pueblo y no necesita negociar o discutir con otras voluntades para llegar a formar la voluntad común, el Parlamento está pura y simplemente de sobra»⁹⁶. En este sentido, si aceptamos, como Habermas lo hacía, que la fuerza legitimadora y la calidad, en términos racionales, de las decisiones políticas, derivan de las posibilidades discursivas presentes en su adopción⁹⁷, un volumen considerable de las aprobadas en la X legislatura, además de ser de pésima calidad, resultan difícilmente admisibles en un sistema democrático.

En este orden de cosas, resulta curioso advertir cómo la gestión de la crisis económica, por calificarse siempre de extraordinaria y urgente, ha servido pura y llanamente para evadir el propio parlamentarismo. Esto invita a cuestionarse la deriva poco racionalizada y casi imparable que está sufriendo la figura del decreto-ley y que, en esencia, tiene que ver con la distorsión jurídica de su legitimidad: ya no son las demandas sociales indemorables las que justifican la intervención legislativa de urgencia del Ejecutivo, sino la simple pretensión de este último de sustraerse a la deliberación parlamentaria. En este sentido, es importante recordar que la excepción al procedimiento legislativo ordinario que supone la legislación de urgencia sólo tiene cabida, democráticamente hablando, si sirve al propósito de ofrecer cobertura jurídica inmediata a necesidades sociales inaplazables; pero no si termina por operar como un privilegio –en cuanto evasión de la deliberación parlamentaria– del órgano que tiene encomendada tal función, que es lo que está sucediendo en la práctica.

95 I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «Teoría y práctica del decreto-ley en el ordenamiento español» cit., p. 122.

96 F. RUBIO LLORENTE, «El Parlamento y la representación política», *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución española)*, CEC, Madrid, 1993, pp. 232 y 233.

97 J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, p. 380-381.

En definitiva, parte de la lucha del Estado democrático de Derecho de nuestro tiempo pasa por conseguir que las normas vuelvan a ser, como diría Kelsen, el «logro de una transacción»⁹⁸, devolviéndole así al Parlamento una soberanía que, en no pocas ocasiones, parece haber perdido.

Resumen

La crisis económica ha tenido un impacto muy notorio sobre el Estado democrático de Derecho. Durante la X legislatura, principal testigo de aquélla, se han venido aprobando un número importantísimo de decretos-leyes orientados a combatirla. Sin embargo, el carácter extraordinario y urgente de las medidas introducidas, en términos generales, deviene altamente cuestionable. La sistemática falta de motivación explícita y razonada sobre la concurrencia del presupuesto habilitante, unida al carácter estructural de las medidas introducidas, a su —en ocasiones— falta de aplicación inmediata, así como a la ausencia de imprevisibilidad de la situación que se trata de abordar, cuestiones generalmente avaladas por el propio Tribunal Constitucional, ponen verdaderamente en tela de juicio el uso democrático que el Ejecutivo ha hecho de este instrumento jurídico.

Palabras clave: Decreto-ley, presupuesto habilitante, extraordinaria y urgente necesidad.

Abstract

The economic crisis has got a notary impact on the rule of law. During the X legislature, that has been its main witness, an important number of decree-laws orientated to fight it have been passed. However, the extraordinary and urgent need of the measures introduced has become highly questionable. The systematic lack of an explicit and reasoned explanation about the use of this legal figure, together with the structural nature of the reforms made, its lack of immediate application and the absence of unpredictability of the situation faced —aspects generally endorsed by the Constitutional Court— call into question the democratic use the Government has made of this tool.

Keywords: Decree-law, enabling clause, extraordinary and urgent need

Recibido: 30 de junio de 2015
Aceptado: 4 de diciembre de 2015

98 H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, p. 67.





Perfiles/Noticias





EL JURISTA EN SU CONTEXTO. A PETER HÄBERLE EN SU 80 CUMPLEAÑOS*

ANDREAS VOßKUHLE

Presidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Friburgo (Alemania)

THOMAS WISCHMEYER

Doctor en derecho. Asistente en la Universidad de Friburgo (Alemania)

SUMARIO:

1. Una ciencia jurídica sensible al contexto: presupuestos y métodos.
2. Los temas de un pensamiento constitucional sensible al contexto.
3. Crítica y límites del jurista europeo en contexto.
4. Conclusión.

Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez

1. UNA CIENCIA JURÍDICA SENSIBLE AL CONTEXTO: PRESUPUESTOS Y MÉTODOS

Peter Häberle ha desempeñado la labor de editor al servicio del «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart» durante treinta años. Esta tarea le ha permitido, más que a nadie, darle a la ciencia en lengua alemana un lugar en el discurso constitucional internacional. En su ochenta cumpleaños, Häberle deja el destino del Jahrbuch en las manos de una generación más joven.

Hemos de darle las gracias y rendirle homenaje. Pero, ¿es posible hacerlo una vez más y con un cierto grado de originalidad? Cualquier intento de valorar la obra de Häberle se ha de insertar en el corpus de escritos que han afrontado antes esa labor¹: en

* La versión alemana de este trabajo fue publicada en el Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Vol. 63, 2015, 401-428.

¹ De las muchas loas que se han escrito de Häberle, aquí destacamos las siguientes: HESSE, «Zum 60. Geburtstag – nur ein Impromptu», en *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, coord. Fleiner, Fri-

ellos se subraya su carácter clásico², se le compara con otros grandes literatos de Bayreuth, por ejemplo, Jean Paul³, e incluso se le concede el título de «jurista europeo», rúbrica creada por él mismo⁴. Son muchas las veces en las que se han subrayado sus galardones políticos y científicos: es doctor honoris causa⁵, ha recibido de mérito⁶, es miembro de múltiples academias y de sociedades⁷, ha ganado premios⁸, le da nombre

bourg 1995, p. 215 y ss.; STOLLEIS, «Der schwebende Jüngling-Laudatio», en *Die Welt des Verfassungsstaates*, coord. Morlok, 2001, p. 130 y ss.; SCHULZE-FIELTIZ, «Laudatio», op. cit., p. 145 y ss.; GOMES CANOTILHO, «Das jüngste Werk Peter Häberle», op. cit., p. 229 y ss. (en especial en lo relativo a la teoría constitucional europea); GRAF VITZTHUM, «Auf den Schultern von Riesen...», en Häberle, *Kleine Schriften*, 2002, p. 397 y ss.; MORLOK, «Peter Häberle zum 70. Geburtstag», *AöR*, 129 (2004), p. 327 y ss. Y han de añadirse las instructivas entrevistas sobre su biografía y su obra, por ejemplo, las de César Landa, Paolo Ridola, Zvonko Posavec y H. KURIKI, en HÄBERLE, *Kleine Schriften*, 2002, p. 277 y ss., 334 y ss., 354 y ss., 374 y ss.

2 En especial, véase VITZTHUM (n. 1), p. 397 y ss.

3 Hans MAIER, «Wunderkind des Rechts», en *SZ* de 20 de mayo de 1999, p. 18; también de este autor, «Worte zum Ausklang», en *Die Welt des Verfassungsstaates*, coord. Morlok, 2001, p. 225 y ss.; esta comparación también la encontramos en STOLLEIS (n. 1), p. 142. La comparación del constitucionalista con el literato es muy cercana a Häberle, y en cierta medida inmanente a su obra, véase HÄBERLE, *Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr?) Spiegel der Schönen Literatur*, 1983.

4 PERNICE, «Peter Häberle: Der Europäische Jurist», *Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle*, BLANKENAGEL et al. (coord.), 2004, p. 3 y ss. Respecto a este concepto, a fondo HÄBERLE, «Der europäische Jurist» *JöR* 50 (2002), p. 123 y ss.; también en su libro *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2.^a ed. 1998, p. 1102 y ss. (a partir de ahora citado como VLKW2); y, finalmente, también de HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre 2001/2002*, 7.^a ed. 2011, p. 143 y ss. (en adelante citado como EVL7). Actualmente, VOßKUHLE, «Das Leitbild des "europäischen Juristen". Gedanken zur Juristenausbildung und Rechtskultur in Deutschland», *Rechtswissenschaft*, 2010, p. 326 y ss.

5 En una reciente actualización, la Facultad de la Universidad-Aristóteles de Tesalónica (1994), la Universidad de Granada (2000), la Universidad Católica de Lima (2003), la Universidad de Brasilia (2005), la Universidad de Lisboa (2007), la Universidad de Tiflis (2009) y la Universidad de Buenos Aires (2009).

6 Entre la multitud de honores solo vamos a citar los siguientes: Gran oficial de la República italiana (1996); Cruz del mérito al servicio de la República Federal de Alemania (1997); Medalla de Honor de la Corte Constitucional italiana (2003); Medalla de Honor del Tribunal Constitucional de Perú (2003); Orden del Mérito de Baviera (2007); Cruz de mérito de la Universidad de La Sapienza, Roma (2009); Cruz de Honor de la República Austriaca por sus aportaciones a la ciencia y la cultura, 1.^a clase (2010); Cruzeiro do Sul (1.^a clase), Brasil (2011); Medalla de Honor de la Universidad de Lisboa (2014).

7 Entre otras cosas Häberle es miembro de la Academia de la Ciencia de Heidelberg (desde 1996), miembro ordinario de Academia de la ciencia de Baviera (desde 1998), miembro extranjero de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (desde 2007), así como desde 2011, primer miembro extranjero de la Asociación italiana de constitucionalistas.

8 En especial el premio Max-Planck a la investigación y la cooperación internacional (1998).

a institutos científicos⁹, y le han regalado libros homenajes¹⁰ –ha de advertirse, no obstante, que dar cuenta de todo ello no es fácil, pues no paran de llegar nuevos honores–. En estas circunstancias, ¿cómo añadir algo, por no hablar de mejorarlo?

Solo cabe adherirse a lo ya dicho u ordenarlo de otro modo. En este sentido, los nuevos editores del Jahrbuch exploran el camino de confiar a Andreas Voßkuhle una valoración de Peter Häberle. Su temprana formación en el «Seminario-Häberle» de Bayreuth ha tenido sobre Andreas Voßkuhle una influencia larga y persistente, aunque no se transformara en la forma clásica de la relación académica maestro-discípulo. ¿Piensan los nuevos editores que este tipo de relación, no tan cercana, permitirá una mirada fructífera sobre Häberle y su obra? En cualquier caso, será útil para preguntarnos sobre lo que Häberle ha dado a nuestra ciencia, pero sobre todo, para reflexionar sobre lo que los textos de Häberle pueden ofrecer a la siguiente generación de juristas. En estas páginas vamos a prestar especial atención a este aspecto, del que se ocupará el segundo autor, Thomas Wischmeyer, un joven jurista que se inicia en los textos de Häberle. De este modo cultivaremos ese diálogo entre generaciones, que Häberle siempre ha cuidado tanto.

El punto de partida de nuestras reflexiones es la relación entre el Derecho, más precisamente los textos jurídicos, y el contexto, sobre la que Häberle ha reflexionado desde distintas perspectivas. El origen de este problema, a la luz de la actualización del dinámico pensamiento de Peter Häberle, aviva y fortalece la necesidad de indagar sobre las condiciones y la fuerza directriz de un método sensible al contexto¹¹. La unidad, la forma y el contenido del pensamiento de Häberle hace posible esa

9 En la Universidad de Granada existe desde 2010 un «Centro de Investigación de Derecho Constitucional Peter Häberle»; y en la de Brasilia un «Centro de Pesquisa», desde 2011.

10 Además de los numerosos volúmenes de jornadas y homenajes, citados aquí en la nota 1 y 4 (para su 60, 65, 70, 75 y 80. cumpleaños), queremos citar el afamado homenaje *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, BALAGUER CALLEJÓN (coord.), Madrid, 2004. Y recientemente BLANKENAGEL (coord.), Den Verfassungsstaatsnachdenken, 2014.

11 Al lector de Häberle no le sorprenderá la conexión entre la loa personal y la reflexión metodológica. En muchos de sus «opúsculos onomásticos» relativos a grandes personalidades científicas –un género que él ha llevado a su máxima expresión–, se produce una reconstrucción de su trabajo y su influencia, unido a una descripción de su metodología. El gran editor de felicitaciones formula los parámetros que fija respecto a la obra del homenajeado, reflejando así, «de un modo consciente o inconsciente un elemento de autocomprensión», HÄBERLE, *VLKW2*, p. 529; en el mismo sentido HÄBERLE, «Laudatio auf Konrad Hesse (1989)», en su libro *Kleine Schriften*, 2002, p. 74 (90). Compárese también el ensayo «Elemente einer personalen Staatsrechtslehre» que reúne una valoración general de los teóricos del Estado alemanes, op. cit., p. 1 y ss.

labor en virtud del tratamiento que ha dado a ciertos temas. El conocimiento más importante al que nos lleva Häberle es la conclusión de que los contextos rara vez son explícitos. Pero ¿qué significa eso para una ciencia jurídica del contexto?

1.1. *La tradición como reservorio de los contextos*

El conocimiento de la tradición, para una ciencia jurídica interesada en los contextos, no es un obstáculo, sino un requisito que la hace posible¹², puesto que la historia de la ciencia del Derecho público es uno de los contextos relevantes para la comprensión del Derecho contemporáneo. Y, sin duda, la obra de Häberle, como ninguna otra, se entretreje en esta historia.

El lector contemporáneo que se ocupe de los textos de Häberle escritos en los sesenta y principios de los setenta, quedará sorprendido por su intensa productividad, perfección técnica y ambición teórica; además, ese lector, se sumergirá de lleno en el debate de la República de Bonn¹³. Desde ahí, Häberle, cuyos trabajos se insertan por sí mismos en la tradición, a través de Hesse¹⁴ profundiza y se extiende en la República de Weimar, y mediante las referencias a Smend y Heller¹⁵ da un lugar a (casi) todos; incluso los enemigos científicos reciben el máximo respeto y un tratamiento lleno de entendimiento¹⁶. Los textos ofrecen perspectivas que invitan a una

12 Respecto al significado de la historia para la teoría constitucional, véase HÄBERLE, «Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitsdenkens», *AöR*, 102 (1977), p. 27 (32) (también HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.ª ed. 1998, p. 17 (22) (desde ahora citado como *VÖP3*)).

13 Compárense los dos trabajos de doctorado y habilitación en Friburgo, con los que Häberle cimentó su prestigio: *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962 (tercera edición ampliada en 1983); *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970 (2.ª edición en 2006); también, «Gemeinwohlsjudikatur und Bundesverfassungsgericht», *AöR* 95 (1970), p. 86 y ss., 260 y ss. (también en su libro, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 235 y ss., con un epílogo p. 308 y ss.); así como los trabajos citados en la nota 23.

14 La relación entre Hesse y Häberle no es en modo alguno unilateral, puesto que Häberle también ha influido sobre el pensamiento de Hesse. Por ejemplo, su tesis doctoral, en lo relativo al carácter declaratorio del art. 19 Abs. 2 GG, o el doble carácter de los derechos fundamentales, ha encontrado su sitio en el manual de Hesse (véase la anotación de Häberle, «Laudatio Hesse» (n. 11), p. 87 con la nota 64).

15 Compárense la referencia que al respecto realiza en la entrevista con Zvonko Posavec, en HÄBERLE, *Kleine Schriften*, p. 354 (357 y ss., 363 y ss.). Häberle cita entre otros a Smend, Hesse, Heller (en las notas 29, 127, 156), Popper (en la nota 42) y Habermas (en la nota 20).

16 Todavía llama la atención la intensa disputa de Häberle con sus enemigos científicos, sobre todo Forsthoff. Véase al respecto HÄBERLE, «Retrospektive Staats(rechts-) lehre oder realistische Gesells-

arqueología del conocimiento jurídico. Nótese que esta suerte de disciplina ha sido reorientada por Häberle y su escuela, al observar con precisión y describir de modo fascinante las conexiones científicas del Derecho del Estado, criticando su función como «espacio para los procesos del poder», sin que por ello deje de ser el ámbito natural de su ocupación científica¹⁷.

Pero, ¿solo podemos estudiar aquí batallas agotadas? ¿Solo nos exigen sus textos de los primeros años una mirada arqueológica? Al contrario: los esfuerzos de Häberle por una comprensión adecuada del catálogo de derechos fundamentales, sus reflexiones sobre la necesidad de un acceso abierto-dinámico o garantista al ordenamiento establecido por la Ley fundamental y, por último, la pregunta sobre la relación entre Estado (nacional) y ordenamiento constitucional (europeo) nos interpela ayer y hoy. Ahí radican los debates actuales¹⁸. Los textos de Häberle hacen presentes tradiciones que han formado de un modo preciso nuestras precomprensiones, subrayando los problemas que encierran.

1.2. *La curiosidad y la búsqueda de nuevos contextos*

La contextualización debe estar atenta a lo dado y mantener la curiosidad frente a lo que cambia. Sin embargo, la conciencia de que el discurso está en permanente diálogo, no debe conducir a una autoreferencialidad bloqueante. En este sentido,

chaftslehre?», *ZHR* 136 (1972), p. 425 y ss. (= *VÖP3*, p. 246 y ss.); «Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung?», *JZ* 1975, p. 685 y ss.; «Zum Staatsdenken Ernst Forsthoffs», *ZSR* 95 (1976), p. 477 y ss. (= *VÖP3*, p. 396 y ss.). Pero también Ridder es valorado en profundidad, véase HÄBERLE, «Positivismus als Historismus», *DÖV* 1977, p. 90 y ss. (= *VÖP3*, p. 322 y ss., con el epílogo de reconocimiento p. 328). Sin embargo, es llamativa la ausencia de una discusión a fondo con Abendroth, pese a que las tesis defendidas por Häberle en su conferencia de la Asociación de profesores de teoría del Estado en 1971 fueron muy cercanas a las de Abendroth, al respecto, THURN, *Welcher Sozialstaat?*, 2013, p. 248.

17 HÄBERLE, «Vermachtungsprozesse in nationalen Wissenschaftlertgemeinschaften, insbesondere in der deutschen Staatsrechtslehre», *DV Beiheft* 7 (2007), p. 159 (168). Véase también de él «Ein “Zwischenruf” zum Diskussionsstand in der deutschen Staatsrechtslehre», *FS für Hans Maier*, Stammes et al. (coord.), 1996, p. 327 y ss.; «Die geschlossene (?) Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer – ihr offenes Diskussionsforum», en *FS Tsatos*, Häberle et al. (coord.), 2003, p. 164 y ss.; y más tarde, *Pädagogische Briefe*, 2010, p. 99 y ss. Respecto a la ciencia jurídica como modo de vida, véase el texto del mismo nombre en su libro, *Verfassungsvergleichung in europa-undweltbürgerlicherAbsicht. Späte Schriften*, 2009, p. 275 y ss.

18 De un lado, la recensión de VOLKMANN, ZurheutigenSituazioneinerVerfassungstheorie, *Der Staat* 51 (2012), p. 601 y ss.; del mismo autor, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, 2013; de otro lado, el trabajo recensionado *Verfassungstheorie*, Depenheuer/Grabenwarter (coord.), 2010, así como la recensión de LEPSIUS, al libro de Volkmann, *JZ* 2014, p. 192 y ss.

Häberle, cuando obtiene su primera cátedra en Marburg, da a su obra un nuevo fundamento teórico, pues entonces considera que ya no hay posibilidad de trabajar tal y como se había hecho hasta ese momento¹⁹.

La propuesta le sale bien porque Häberle registra y reflexiona sobre las tensiones sísmicas que desde el exterior afectan a la disciplina y al sistema jurídico, y percibe estas perturbaciones mucho antes que otros²⁰. Su trepidante conferencia en la reunión de 1971²¹ de la Asociación de profesores de Derecho del Estado, así como la serie de artículos esenciales sobre «el Estado prestacional», «derechos prestacionales», «sociedad abierta», «pensamiento de lo posible» y «Estado constitucional cooperativo», le permiten romper con las categorías jurídico-constitucionales del tiempo predemocrático y dar forma desde la idea del pluralismo a su propia «teoría constitucional de los procesos y las alternativas» (Vorländer)^{22 y 23}.

La siguiente metamorfosis se anunció casi como una tormenta. El viento en contra proveniente desde la teoría del Estado, que a principio de los ochenta²⁴ cuestionaba su

19 Compárese HESSE (n. 1), p. 215, a través de la propia valoración de HÄBERLE.

20 Esto vale también si pensamos en la reacción que en su momento conllevó el trabajo de habilitación de Häberle, publicado en 1962, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. A su tercera edición Häberle le dedicó una detallada recensión (HÄBERLE, «Öffentlichkeit und Verfassung», *ZfP* 16 (1969), p. 273 y ss. (= *VÖP3*, p. 225 y ss.) y desarrolló luego algunas de las tesis allí sostenidas a lo largo de una serie de artículos, primero en HÄBERLE, «Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat», *Politische Bildung* 1970, p. 3 y ss. (también en *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 126 y ss.); véase la nota 23. Y compárese con la recepción recíproca a través de Habermas en la nota 64. Para la relación entre Häberle y Habermas, en detalle STOLLEIS (n. 1), p. 140.

21 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 y ss. Respecto a las otras controversias recientemente analizadas por THURN (n. 16), p. 146 y ss., 244 y ss.

22 Así, VORLÄNDER, *Verfassung und Konsens*, 1981, p. 342.

23 HÄBERLE, «Zeit und Verfassung», *ZfP* 21 (1974), p. 111 y ss. (= *VÖP3*, p. 59 y ss.); «Verfassungstheorie ohne Naturrecht», *AöR* 99 (1974), p. 437 y ss. (= *VÖP3*, p. 93 y ss.); «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», *JZ* 1975, p. 297 y ss. (= *VÖP3*, p. 155 y ss.); «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 27 y ss. (= *VÖP3*, p. 17 y ss.); «Der kooperative Verfassungsstaat» en *Recht und Gesellschaft, FS für Helmut Schelsky*, Kaalbach/Krawietz (coord.), 1978, p. 141 y ss. (= *VÖP3*, p. 407 y ss.); «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß – ein Pluralismuskonzept», en *VÖP3*, p. 121 y ss. Sobre los efectos de la obra de Häberle en los «años de aprendizaje democrático», *Cfr.* STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band IV, 2012, p. 328, 334, 352.

24 *Cfr.* la intervención de Tomuschat, que de algún modo es representativa, en las jornadas de la Asociación de profesores de teoría del Estado, de 1981 *VVDStRL* 40 (1982), p. 129), durante mucho tiempo se ha percibido la ley mayoritariamente como «una intervención y un límite, hasta que Häberle nos enseñó, que la ley también ha de entenderse como desarrollo de la libertad. Hoy, el péndulo parece

teoría de la Constitución y de los derechos fundamentales, quizá fue la razón que le llevó a hacer de los fundamentos su verdadero objeto de investigación. En cualquier caso, Häberle, sin negar el pasado, se liberó de manera radical de los métodos tradicionales, para prender entre nosotros una «teoría constitucional»²⁵ que se mueve entre el texto y el contexto, de donde surge un paradigma científico cultural con el que explicar el colorido mundo²⁶. Así, en 1979 formuló la relevancia de los contextos para la comprensión de la jurisprudencia constitucional²⁷ y la «comparación constitucional de naturaleza cultural» irrumpió en su obra en 1982²⁸. No obstante, se debe hacer una anotación al margen: Häberle quiere entender este giro como un vínculo unido a las raíces de Weimar²⁹.

La perspectiva científico-cultural se apoya en la comparación como método. En una mirada retrospectiva, se ve que desde esta premisa se dan pequeños pasos hacia la comparación jurídica como «quinto elemento interpretativo»³⁰ y hacia una teoría constitucional europea³¹ e incluso universal³². ¿Es por ello que ninguna otra teoría

regresar, de modo que la ley se percibe actualmente como una carga, como una presión». En general, sobre este cambio de ánimo en la teoría del Estado de aquel tiempo, THURN (n. 16), p. 289 y ss.

25 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed., 1982, p. 47.

26 Compárese en este sentido HÄBERLE, *Kulturpolitik in der Stadt*, 1979, p. 29 y ss.; *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, 1980; en el libro por él coordinado, *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982 (así como *Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, p. 1 y ss.); y luego, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed. 1982; sobre la recepción de los primeros pasos, compárese las anotaciones de HÄBERLE, *VLKW* 2.ª ed., p. 1165 y ss.

27 HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 44 y ss.

28 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed., 1982, p. 33 y ss.

29 Cf. HÄBERLE, *VLKW* 2, p. 578 y ss., que se apoya en Dilthey y Rickert, pero sobre todo en la teoría del estado de Heller (al respecto HÄBERLE, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981, p. 44 y ss.) y también en relación con la utilización de las «ciencias del espíritu» por Smend y Erich Kaufmann. HÄBERLE, *VLKW* 2, p. 1, subrayó que su trabajo se vincula con la «vieja tradición de las ciencias culturales (W. DILTHEY, A. WEBER, M. WEBER)» y quiere en el ámbito de la ciencia jurídica recordar la huella de las ciencias del espíritu weimerianas.

30 Por primera vez HÄBERLE, «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», *JZ* 1989, p. 913 (916 y ss.); luego también en, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 27, 36 y ss.; *VLKW* 2, p. 312 y ss.; *EVL* 7, p. 252 y ss., 268 y ss.

31 Häberle construye un texto de transición entre la perspectiva científico cultural y la teoría constitucional europea en «Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive», *JöR* 32 (1983), p. 9 y ss.; también en, *Europäische Rechtskultur*, 1994; *Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien*, 1999; *Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?*, 2000; «Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft», *DVBl.* 2000, p. 840 y ss.; así como, finalmente, el texto publicado en 2001/2002, *Europäische Verfassungslehre*, que en 2011 alcanzó la séptima edición.

32 El concepto «universal» es puesto a prueba por Häberle en su ensayo, «Staatsrechtslehre als universale Jurisprudenz, Zum Tode von Ulrich Scheuner», *ZevKR* 26 (1981), p. 105 y ss.; lue-

del Estado le parece consecuente? De nuevo, la moldeada sensibilidad de Häberle para con el instante, le inspira un nuevo giro: en este caso respecto a la milagrosa reunificación alemana —aquí, Häberle pierde momentáneamente su característica distancia científica y lo descubrimos junto a sus estudiantes en una manifestación en Leipzig³³— y a través de ella, la posible profundización y extensión de la unión en Europa³⁴. El puente que entonces traza entre el Estado como orden constitucional a través de «Europa como comunidad de responsabilidad regional» y hacia la «comunidad universal de Estados constitucionales y sus ciudadanos³⁵», y desde ahí, de regreso al nuevo «Estado cooperativo»³⁶, marcan hasta el día de hoy su círculo intelectual y el objeto de su influencia mundial.

1.3. *El pensamiento contextual como intermediación: «uno y otro» en vez de «uno u otro»*

La base de la curiosidad de Häberle es un pensamiento integrador, que hace de las categorías hipótesis de trabajo, buscando algún tipo de mediación que supere la unidimensionalidad e intolerancia de las distinciones dicotómicas. De modo paradigmático para su trabajo posterior, en su tesis doctoral afirma: «En este tipo de preguntas (el problema de las injerencias sobre los derechos fundamentales para favorecer intereses privados), a menudo se comprueba que la realidad tan diversa a la que se enfrenta el Derecho del Estado, no se puede embutir en un esquema conceptual de “uno u otro”, sino que, para dar una respuesta adecuada, se ha de utilizar el esquema “uno y otro”³⁷».

go siguieron otros acercamientos a temas relacionados con una teoría constitucional universal, sin duda en HÄBERLE, «Aspekte einer kulturwissenschaftlich-rechtsvergleichenden Verfassungslehre in “weltbürgerlicher Absicht”», *JöR* 45 (1997), P. 555 y ss.; «Nationales Verfassungsrecht, regionale “Staatenverbände” und das Völkerrecht als universales Menschenheitsrecht», en *FS Zuleeg*, Gaitanides et al. (coord.), 2005, p. 80 y ss. (también en *Späte Schriften*, 2009, p. 231 y ss.); por último su amplio estudio que lleva por subtítulo «Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre» en su trabajo, *Der kooperative Verfassungsstaat*, 2013 (desde ahora citado como KVS).

33 Cfr. la descripción en la entrevista con Zvonko Posavec (n. 15), en HÄBERLE, *Kleine Schriften*, 2002, P. 367 (no obstante, la participación se logró con todas «las reservas»).

34 Cfr. a partir de las propias referencias de HÄBERLE, *VÖP*3, p. 3.

35 HÄBERLE, *EVL*7, p. 28.

36 Sobre el «Estado cooperativo» véase la monografía de HÄBERLE del año 2013 (Cfr. n. 32), así como la que lleva el mismo nombre de 1978 (n. 23).

37 HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.^a edición, 1983, p. 23, con referencia a Hauriou y su «esprit synthétique» y «esprit de complexité». En correspondencia, Häberle argumenta en relación al concepto de soberanía (al respecto HÄBERLE, «Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität»,

En este sentido, opta «por una ponderación [...] que sea un camino intermedio, contrario a esa «manía» que quiere reconducir todo a un único principio». Esta característica propia de Hauriou, en la pluma de Häberle muestra de manera precisa su propia comprensión (formada por la influencia del citado maestro)³⁸. La apertura a favor de la «tercera o cuarta» posibilidad, la apuesta por alternativas y compromisos, supone evitar las respuestas simplistas, lo que para Häberle supone un reto de «la ética específica del jurista»³⁹.

El escepticismo frente a las «soluciones jurídicas que operan como patentes»⁴⁰ y los grandes conceptos que lo aclaran todo⁴¹, así como el rechazo al dato desnudo de las soluciones que absolutizan la concepción del problema, no es una concesión de Häberle al espíritu (post)moderno, sino prueba de su convicción profunda sobre la existencia de una relación de intercambio entre el concepto de razón y el orden político⁴².

AöR 92 (1967), p. 259 (268 y ss.) (= *VÖP3*, p. 364 (374 y ss.)); sobre la relación del Estado social con los derechos fundamentales (HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed. 1983, p. 38: «La Constitución quiere a la vez Estado social y derechos fundamentales, que ambos sean condición para la consecución de un orden de unidad»); en conexión con E. KAUFMANN también en relación con el individuo y la supraindividualidad (op. cit., p. 77 y ss.); en términos generales, «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 27 (39) (= *VÖP3*, p. 17 (28 y ss.)); «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 39 (1981), p. 202 (sobre «una integración de elementos pragmática y comprometida»); en referencia especial al federalismo (HÄBERLE, *VLKW2*, p. 776 y ss.), puesto que HÄBERLE lo entiende como una conjunción entre pluralidad y homogeneidad» (op. cit., p. 784). Y son otros muchos los ejemplos que podrían ser traídos a colación.

38 Para la caracterización de Hauriou, véase HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed. 1983, p. 88. Por el contrario, critica con dureza el decisionismo de Carl Schmitt y su pensamiento «en alternativas y antinomias» (op. cit., p. 92 y ss., n.167). *Cfr.* en este sentido: HESSE, «Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes», en *FG Smend*, coord. Hesse et al, 1962, p. 71 (95): «Estado de derechos y forma política, Estado de derecho y Estado social, como fundamento de estas antinomias derivadas del dualismo entre Sociedad y Estado, y la alternativa entre libertad social y coacción estatal, como expresión constitucional de la decadencia de la conexión entre derechos fundamentales y parte organizativa de la Constitución [...]: comprensiones de este tipo son profundamente inadecuadas para la unidad de la Constitución».

39 HÄBERLE, «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 27 (29) (= *VÖP3*, p. 17 (19)).

40 HÄBERLE, *Wesensgehalt*(n. 13), 3.ª ed. 1983, p. 67.

41 *Cfr.* HÄBERLE, «Staatslehre als Verfassungsgeschichte», *AöR* 102 (1977), p. 284 (285) (= *VÖP3*, p. 348 (349)): «Evidentemente ya no es posible, reducir la teoría del estado o de la constitución a un concepto de cierre o a una serie de preguntas políticamente condicionadas como «integración», «decisión», «norma suprema», «construcción escalonada», «Estado/Sociedad», o «libertad».

42 Esta comprensión, se debe en parte al racionalismo crítico, *Cfr.* La anotación de HÄBERLE, «Möglichkeitsdenken» (n. 12), P. 27 (30) (= *VÖP3*, p. 17 (20)); sobre la recepción del concepto popperiano de «sociedad abierta», véase HÄBERLE, «Offene Gesellschaft» (n. 23), p. 297 (302 y nota 68) (= *VÖP3*, p. 155 (172 y ss., y nota 68)); «Verfassungsinterpretation» (n. 23), en *VÖP3*, p. 121 (144).

Häberle intenta concebir su concepto socio-teórico de pluralismo⁴³ solo con categorías jurídicas, que en la forma de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales»⁴⁴ cobra una expresión especialmente provocadora para la teoría del Estado tradicional y sus conceptos jurídicos. Convierte el pensamiento pluralista en una máxima de interpretación: «la apertura a distintas posibilidades dentro del orden constitucional vigente es el contenido central de los principios constitucionales más importantes»⁴⁵. El desarrollo científico-cultural de las perspectivas de investigación apunta metodológicamente a concebir una «ciencia integradora», y ocurre así en un momento en el que la interdisciplinariedad no se consideraba una cualidad del trabajo jurídico⁴⁶.

1.4. *Textos y contextos*

Häberle conecta la teoría constitucional del pluralismo con determinadas disposiciones de la Ley fundamental; y del mismo modo funda la relevancia jurídica general de los contextos a partir de los textos (jurídicos), que han de ser comprendidos en su conjunto y no de modo aislado⁴⁷. La mirada contextual no

En referencia al pensamiento antidecisionista *Cfr.* también «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 27 (39) (= *VÖP3*, p. 17 (28 y ss.)): «La virtud democrática del tanto-como, expresión de tolerancia y pluralismo, ha de permanecer como directriz del pensamiento alternativo. Esto o lo otro, puede ser una forma de intolerancia intelectual. Amenaza la vía hacia el tanto-como y frena el compromiso democrático, del que debe ser un paso previo. En tanto, el pensamiento de lo posible y de las alternativas debe ser una forma específica del racionalismo crítico con su postulado de la falsabilidad [...]».

43 Al respecto HÄBERLE, «Verfassungsinterpretation», (n. 23), *VÖP3*, p. 121 y ss. (en especial 137 y ss.).

44 HÄBERLE, «Offene Gesellschaft» (n. 23), p. 297 y ss. (= *VÖP3*, p. 155 y ss.); respecto a la historia de sus efectos véase las anotaciones en *VÖP3*, p. 180 y ss. (Stand: 1978); así como DUPLESSIS, «Legal Academics and the Open Community of Constitutional Interpreters», *South African Journal on Human Rights* 12 (1996), p. 212 y ss.; LIMBACH, *Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, 1997, p. 23 y ss. Entretanto, el concepto se ha convertido en un lugar común, hasta el punto de que a algunos les parece innecesaria la referencia a Häberle, *Cfr.* la anotación de Klaus F. RÖHL, «Rechtssoziologie-online.de», § 15, visitado febrero de 2013 (citado como rechtssoziologie-online.de/?page_id=450/).

45 HÄBERLE, «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 27 (33) (= *VÖP3*, p. 17 (22)), en relación a conceptos como democracia, elecciones, igualdad de oportunidades, partidos o libertad.

46 HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1.ª ed., 1982, p. 53.

47 En este sentido es especialmente plástico HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 46: «El contexto relativiza la claridad del texto, lo llena de la realidad que está en el texto. No ha de superar al texto, sino que ha de acompañarlo. Sin una realidad que fije un contexto, el texto

es que sea «un reto del jurista-genuino», sino que más bien no hay jurista sin esa mirada⁴⁸.

Häberle se ocupa del modo en el que textos y contextos compiten y se relacionan, lo que le convierte en uno de los fundadores del «análisis escalonado de textos»⁴⁹. Mediante la perspectiva comparada, que reconstruye el desarrollo de los textos, logra aprehender el «law in public action» que ha cristalizado en esos textos: «La clave de la comparación de textos radica en el hecho de que permite comprender de manera mediata la realidad constitucional, porque los textos importados y reelaborados en otros Estados conllevan conceptos que fueron desarrollados en otros sitios por la práctica (por ejemplo, la jurisprudencia constitucional), la ciencia o la doctrina⁵⁰». En el Estado constitucional la fuerza normativa de la praxis convierte la «ciencia de los textos» [...] en una ciencia de la realidad⁵¹. Conclusión que conduce a un análisis detallado de los tipos de normas constitucionales⁵².

Häberle también toma las formas textuales tradicionales⁵³ como un modo propio de la fenomenología de la producción jurídico-científica y como condición in-

«carece de realidad», lo que lo empobrece y esteriliza. El contexto permite hacer del Derecho constitucional una parte de la cultura jurídica y de ésta una parte de la cultura política y de la cultura general», *Cfr. EVL7*, p. 10 y ss.

48 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 591, *Cfr.* también op. cit., p. 1063 y ss.

49 Häberle, «Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates», *FS Partsch*, JEKOWITZ et al. (coord.), 1989, p. 555 y ss.; *VLKW2*, p. 342 y ss.; *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, 1995, p. 17; *EVL7*, p. 4 y ss. (para el Derecho constitucional europeo). Una discusión minuciosa sobre distintos textos constitucionales desde un punto de vista histórico y en detalle (incluyendo textos constitucionales de los Länder), lo encontramos ya en su trabajo *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 134 y ss. Como ejemplo de aplicación relativo al método escalonado, *Cfr.* la reconstrucción, al modo de una filigrana, del principio de subsidiariedad, *VLKW2*, p. 422 y ss., que muestra cómo el concepto «vagó» más allá de su unilateral asociación con la «doctrina social católica» hasta desarrollarse en un principio jurídico (op. cit., p. 442 y ss.).

50 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 345.

51 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 352.

52 *Cfr.* HÄBERLE, «Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen», *FS Broermann*, List et al. (coord.), 1982, p. 211 y ss.; «Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe», *FS Everling*, Vol. 1, Due et al. (coord.) 1995, p. 355 y ss.; «Strukturen und Funktionen von Übergangs- und Schlußbestimmungen», *FS Lendi*, RUCH et al. (coord.), 1998, p. 137 y ss.; así como la referencia bajo la nota 166.

53 Por ejemplo, HÄBERLE, «Recht aus Rezensionen», en su libro, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 1 y ss.; «Wissenschaftliche Zeitschriften als Aufgabenfeld juristischen Rezensionswesens», *GS Geck*, FIEDLER et al. (coord.), 1989, p. 277 y ss.; «Verfassungslehre im Kraftfeld der rechtswissenschaftlichen Literaturgattungen», *FS Kaufmann*, Cagianut et al. (coord.), 1989, p. 15 y ss.

evitable para la ciencia (¿alemana?)⁵⁴. En su análisis de los géneros jurídicos, Häberle discute sobre todo los formatos clásicos⁵⁵, haciendo minuciosas valoraciones de los «grandes manuales», y destacando la importancia de las monografías y el significado de los artículos, dictámenes, voces de diccionarios, recensiones o comentarios de jurisprudencia; en el análisis de esa imagen convencional de las fuentes jurídicas⁵⁶, sin duda, alcanza un logro singular en los tres últimos grandes volúmenes –la segunda edición de la «Verfassungslehre als Kulturwissenschaft» (1982 1.ª ed./1998 2.ª ed.), la «Europäischen Verfassungslehre» (2001 1.ª ed./2011 2.ª ed.) y «Der kooperative Verfassungsstaat» (2003 1.ª ed.)–.

Con el tiempo, el método y la forma del paradigma textual juegan un papel mayor en los textos de Häberle⁵⁷. En primer lugar, su libro «Verfassungsgesellschaftlicher Prozess» (1978 1.ª ed./1998 3.ª ed.), que se presenta como una reunión de artículos, supera los márgenes de este género. En los citados volúmenes, el texto pierde su anclaje medial. Se escribe, sobreescribe y reescribe en forma de palimpsesto. Se integran textos propios y ajenos de distinto origen, siempre listos para ser modificados, absorbidos de manera distinta, actualizando su contenido, y en parte revitalizándolos: una producción en «tensión enriquecedora», como dice el propio Häberle⁵⁸.

54 Al respecto HÄBERLE/BLANKENAGEL, «Fußnoten als Instrument der Rechts-Wissenschaft», *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 116 y ss.; HÄBERLE, «Verantwortung und Wahrheitsliebe im verfassungsjuristischen Zitierwesen», *FS Schmitt Glaeser*, Horn et al. (coord.), 2003, p. 395 y ss. Cfr. las reflexiones en VOSSKUHLE, *Kompensationsprinzip*, 1999, p. 13 n. 82.

55 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 536 y ss.

56 Cfr. HÄBERLE, «Staatsrechtslehre im Verfassungsleben – am Beispiel Günter Dürigs (1980)», en *Kleine Schriften*, p. 53 (54 y ss.); *Ansprache zu Ehren von Herbert Krüger*, op. cit. p. 69 (70 y ss.).

57 Respecto a la construcción de la identidad y de la individualidad a través de la lengua: HÄBERLE, «Buchanzeige», *JZ* 1996, p. 719 (720). Respecto a la relevancia jurídica de tales reflexiones, OVG Lüneburg, *NJW* 1997, 3456 (3460); VG Hannover, *NJW* 1998, 1250 (1251).

58 Un ejemplo para ver cómo evolucionan los temas y conceptos en la obra de Häberle, adaptándose permanentemente, lo encontramos en su reflexión sobre «los textos clásicos en la vida constitucional», que la encontramos por primera vez en la monografía del mismo título [*Klassikertexte im Verfassungsleben*], 1981, luego en HÄBERLE, *VLKW2*, p. 481 y ss.; en *EVL7*, p. 65 y ss., 71 y ss., argumentación que se extiende en «Europäische Klassikertexte»; por último se ha tratado en *KVR*, p. 78 y ss. Entre medias el tema ha sido desarrollado por su discípulo KOTZUR, «Die Wirkungsweise von Klassiker texten im Völkerrecht», *JöR* 49, 2001, p. 329 y ss.) y por el propio Häberle, que lo ha enriquecido y teorizado en el marco de la teoría general de la recepción jurídica (al respecto véanse sus trabajos, «Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells», *JZ*, 1992, p. 1033 y ss., *VLKW2*, p. 459 y ss.). En el mismo sentido se desarrolla su concepto del «Estado cooperativo» como se observa

Este modo de escritura es parte de un tipo de pensamiento en permanente proceso. El texto siempre está vivo, nunca cerrado. El procedimiento refleja los cambios del mundo de los textos y las referencias que están en su base⁵⁹. ¿No recuerda un poco este modo de creación a su poco querido Luhmann? Al igual que este, Häberle, en cada uno de sus trabajos, no presupone un edificio teórico, sino que lo pone a prueba.

Un nuevo estilo reclama más y más esta forma de intertextualidad: la «digresión» (aquí se hace evidente al menos una vez la referencia a Jean Paul). Quien quiera leer la segunda edición de la «Verfassungslehre als Kulturwissenschaft» de forma lineal, por tanto, al modo tradicional, después de una breve introducción relativa al objeto, de inmediato se enfrenta a una completa teoría del «micro Estado», que casi ocupa cincuenta páginas⁶⁰. ¿Se sabotea conscientemente la línea argumentativa para hacer expresa la autocomprensión antes señalada? Y qué decir de la Europäische Verfassungslehre, cuya séptima edición se encabeza con un «Resumen y conclusión», en el que se dice todo, al que le siguen tres «adendas», a las que después de cien páginas se le añade un «anexo», con otras cien páginas, en las que se incluyen una introducción y dos partes, un «Resumen 2006/2007», un «apéndice I» y un «apéndice II» —que también desemboca en un «Resumen»—. Por último, el trabajo tiene un fin (provisional) en el apéndice III. No hay forma mejor de capturar la ida de un proceso de integración inacabado.

1.5. *El jurista en contexto y como ciudadano de la sociedad abierta*

Desde una perspectiva sensible al contexto, se hace a menudo patente que el jurista científico trabaja con un amplio espectro de fuentes; y en consonancia, la influencia de este tipo de jurista tiene consecuencias directas e indirectas en una pluralidad de foros. Por ello, la teoría del Estado de Häberle se proyecta en distintos «círculos de ac-

en su contribución a *Festschrift Schelsky* (Cfr. n. 23), *VLKW2*, p. 175 y ss., que es a su vez el título de uno de sus trabajos más recientes (véase. n. 32). La «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» de 1975 (n. 23) experimentó primero pequeñas modificaciones (*VLKW2*, p. 221), para después transformarse en la «sociedad abierta de los interpretes constitucionales europeos» (*EVL7*, p. 246 y ss., 268 y ss.). El pensamiento de lo posible, le acompaña como topoi desde la publicación en 1977 de un artículo de nombre similar (= *VÖP3*, p. 17 y ss.; Cfr. n. 12), respecto a su presencia continua en la obra de Häberle *VLKW2*, p. 558 y ss.; *KVS*, p. 80 y ss.

59 En detalle y desarrollando los argumentos de Häberle: MORLOK, «Der Text hinter dem Text», en *FS Häberle*, Blankenagel et al. (coord.), 2004, p. 93 y ss.

60 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 36-82.

ción» en respuesta a su amplia reputación. Así, la ciencia es un campo entre muchos⁶¹. Y, desde esta premisa, ¿qué podemos añadir al respecto sobre Häberle?

a) Seguramente, Häberle ha desarrollado su influencia más dominante dentro del sistema científico, influencia que ahora solo podemos explorar parcialmente. Basta pensar en el número de reseñas de sus monografías, que supera con creces el marco local⁶². El propio Häberle da algunas pistas sobre una primera recepción de sus tesis en comentarios, manuales, habilitaciones, tesis doctorales u otros trabajos de investigación⁶³. Fenómeno que continúa, pues también hoy día los científicos leen a Häberle –y no solo juristas⁶⁴–, lo asumen –lo que es una prueba científica de su calidad– y trabajan críticamente con sus tesis⁶⁵.

b) Häberle es también un punto de referencia central en la Asociación de profesores de Derecho del Estado, un foro central para la ciencia del Derecho público⁶⁶. Ni mucho menos queda por detrás de Dürig, del que el propio Häberle dijo: «La diversidad de sus intervenciones, supera la diversidad de los temas de la VVDStRL. Sus palabras han generado impulsos de consecuencias significativas»⁶⁷.

Su comienzo en la Asociación fue un poco áspero, puesto que ya en sus primeras participaciones, Häberle retó a los ponentes con su tesis sobre la libertad de con-

61 Cfr. HÄBERLE, *Dürig* (n. 56), en *Kleine Schriften*, p. 53 (54 y ss.).

62 La tercera edición de su tesis recibió un reconocimiento específico, Cfr. KIMMINICH, *DÖV*, 1988, p. 525 y ss.; MAUNZ, *BayVBl.* 1987, p. 320; BETHGE, *DVBl.*, 1986, p. 957; SCHOLZ, *AöR* 110 (1985), p. 127 y ss.; Cfr. también la paradigmática reseña a la primera edición LERCHE, *DÖV*, 1965, p. 212 y ss.; y el comentario detallado y crítico de PODLECH, «Grundrechte und Staat», *Der Staat* 6 (1967), p. 341 y ss.

63 Cfr. en especial los habituales epílogos de Häberle en, *VÖP3*, 1998, las recopilaciones de artículos, el prólogo a la segunda edición de su tesis, así como su desarrollo en la tercera edición (HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 315 y ss.).

64 En HÄBERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1992, p. 340.

65 Cfr. recientemente el intenso análisis de la tesis de Häberle en VOLKMANN, *Grundzüge* (n. 18), p. 19 y ss., 24, 26 y ss., 90 t ss., 107 y ss., 120 y ss., 163, 177 y ss., 188, 309 y ss., 341; así como en Camilio DE OLIVEIRA, *Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechts dogmatik*, 2013, p. 151 y s. (sobre la teoría de los derechos fundamentales); THURN (n. 16), p. 145 y ss. (respecto al principio Estado social); KYE IL LEE, *Die Struktur der juristischen Entscheidung aus konstruktivistischer Sicht*, 2010, p. 454 y ss. (sobre la tesis de Häberle respecto a la «law in public action»); OBERMEYER, *Integrationsfunktion der Verfassung und Verfassungsnormativität*, 2008, p. 98 y ss., 131 y ss. (respecto a la teoría constitucional); UERPMANN, *Das öffentliche Interesse*, 1999, p. 16 y ss.. Sobre la recepción de conceptos concretos, véase también la n. 96 y ss.

66 Al respecto las observaciones de Häberle en los textos citados en la n. 17, así como en su *Verfassungsinterpretation* (n. 23), en *VÖP3*, p. 121 (128 con n. 38); también, *VLKW2*, p. 528 y ss.; así como en THURN (n. 16), p. 6 y ss.

67 HÄBERLE, *Dürig* (n. 56), en *Kleine Schriften*, 2002, p. 53 (58).

ciencia como derecho público y democrático por excelencia – y fijó al mismo tiempo nuevos estándares de transparencia en relación con la praxis de la publicación de las contribuciones en el debate⁶⁸. Las numerosas intervenciones en los años siguientes durante las reuniones de la Asociación, mostraron ideas centrales de su concepción del pluralismo, que fueron discutidas con intensa controversia. Aparecen aquí como palabras claves: «teoría constitucional democrática»⁶⁹, «la participación como realización constitucional»⁷⁰, «espacio público alternativo»⁷¹, o «Estado constitucional cooperativo»⁷². Las ponencias de las jornadas de 1983 sobre «la responsabilidad cultural en la comunidad política estatal»⁷³ significaron que la doctrina de la teoría del Estado hizo suyo un tema esencial para Häberle⁷⁴. Poco a poco fueron aumentando las referencias de Derecho comparado, comenzando con algunas relativas a la situa-

68 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 28 (1970), p. 110 y ss. (en referencia a las intervenciones de Bäumlín y Böckenförde sobre el tema «el derecho fundamental a libertad de conciencia»), confróntese también la petición de palabra de la p. 117 y ss., así como las referencias a la intervención de Häberle en muchos de los que tomaron la palabra posteriormente. Sobre la transparencia, la aportación a la discusión en la p. 117 y ss., conlleva la advertencia de que será enriquecida más tarde. Sobre la praxis del posterior desarrollo de lo mantenido en las intervenciones, STOLLEIS, *Geschichte IV*(n. 23), p. 241. Cfr: respecto a las mismas jornadas (¡sus primeras jornadas!) las acotaciones detalladas y críticas de Häberle, *VVDStRL* 28 (1970), p. 259 y ss. (respecto a la conferencia de Henke sobre el tema «las formas jurídicas de seguridad social y la teoría general del Derecho administrativo»).

69 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL*, 29 (1971), p. 98 y ss. (respecto a las conferencias de Simson y Kriele sobre «el principio democrático en la Ley Fundamental»).

70 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 31 (1973), p. 298 y ss. (en relación a la conferencia de Walter y Schmitt Glaeser sobre «la participación en las decisiones administrativas»).

71 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 33 (1975), p. 134 y ss. (en relación a las conferencias de Oppermann y H. Meyer sobre «el sistema de gobierno parlamentario y la Ley Fundamental»).

72 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 36 (1978), p. 129 y ss. (en relación a las conferencias de Tomuschat y R. Schmidt sobre «el Estado constitucional en su conexión con las relaciones internacionales»).

73 Cfr: la conferencia con el mismo nombre de STEINER, *VVDStRL* 42 (1984), p. 7 p. y ss. (con referencias a Häberle en pp. 10 y ss., 17, 19, 26, 37), y GRIMM, *VVDStRL* 42 (1984), p. 46 y ss. (con referencias a Häberle en las pp. 60, 64 y ss., 68, 73).

74 Cfr: lo demostrado en n. 26. Dentro de la Asociación de profesores de Derecho del Estado, Häberle, en sus intervenciones, *VVDStRL* 37 (1979), p. 126 y ss., demostró la necesidad de investigar sobre los «objetivos estatales de la educación» (en relación a las conferencias de Denninger y Klein sobre «lealtad constitucional y protección de la Constitución»). Al respecto también lo dicho en la n. 134.

ción en Suiza, hasta llegar al llamado «viaje al mundo en tres minutos» (Holoubek), que fue presentado en el 2008 por los ponentes, dando forma a una ojeada de Derecho comparado sobre las normas de derecho constitucional relativas a la igualdad social⁷⁵. Especialmente, desde 1990, Häberle, con cada intervención estaba anticipando el tema de 2004, a saber, las consecuencias de la europeización e internacionalización de la teoría del Estado y su objeto. Por lo demás, persiste en la primacía del Derecho frente a la economía, aunque vaya en contra del espíritu del tiempo⁷⁶.

Una mirada sobre las discusiones de la Asociación a lo largo del tiempo, nos muestra a Häberle –en especial cuando desempeña el «nobiliofficio» de dirigir la discusión⁷⁷– provocando a los ponentes con benevolencia y escogida educación⁷⁸. Quizá, el mejor ejemplo de su estilo a través de la dirección del debate, lo encontramos en las jornadas de 1984 y 1985, cuando formó parte de la mesa presidencial: la «moderación» de Häberle rebosó de ideas y apuntes, se expresó en un modo especialmente entusiástico, pleno de temperamento y compromiso con el tema⁷⁹. El modo de expresión y argumentación respetaban el ideal de la educación burguesa, pero no por su propio interés, sino al servicio de un fructífero análisis científico-cultural del Derecho⁸⁰. Su confianza en el carácter de la VDStRL como verdadera comunidad científica⁸¹, su respeto por la tradición, entendida como obligación y no como pre-

75 HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 68 (2009), p. 225 y ss.; *Cfr.* La primera contribución al debate que conllevó una detallada comparación jurídica *VVDStRL* 39 (1981), p. 202 y ss. (en relación a Suiza), luego especialmente *VVDStRL* 41 (1983), p. 92 y ss. (junto a Suiza, se citaron las nuevas Constituciones de Portugal y España, además del CEDH y el PIDPC).

76 Recientemente, HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 69 (2010), p. 232 y ss.; 70 (2011), p. 94 y ss.; 71 (2012), p. 238.

77 *Cfr.* (con este concepto) HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 45 (1987), p. 251 y ss.; también, *VVDStRL* 51 (1992), p. 117 y ss.

78 *Cfr.* en especial HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 41 (1983) p. 92 y ss.; 45 (1987), p. 251 y ss.; 54 (1995), p. 105 y ss.; 63 (2004), p. 445 y ss.; 71 (2012), p. 348 y ss.

79 *Cfr.* en especial HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 43 (1985), p. 76 y ss.; 44 (1986), p. 114 y ss.

80 *Cfr.* HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 45 (1987), p. 114 y ss.; 47 (1989), p. 74 y ss.; 49 (1990), p. 154 y ss.; 53 (1994), p. 114 y ss.; 54 (1995), p. 105 y ss.; 62 (2003), p. 110 y ss.; 64 (2005), p. 186 y ss.; 65 (2006), p. 88 y ss., 226 y ss., 336 y ss. Sobre una cuidadosa descripción de sí mismo como «configurador de ciudadanos», *Cfr.* HÄBERLE, *Klassikertexte* (n. 29), p. 7, n. 1.

81 *Cfr.* en especial HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 40 (1982), p. 278 y ss.; 44 (1986), p. 114 y ss.; 65 (2006), p. 226 y ss.; 67 (2008), p. 463 y ss.; 70 (2011), p. 460 y ss.; 71 (2012), p. 348.

texto para el desorden⁸², así como su perspectiva abierta y comparativa, le permitió realizar sus inconfundibles contribuciones con un «pie en el horizonte», que son imprescindibles para la Asociación.

c) ¿Qué más debe añadirse para hacer justicia a la importancia de Häberle en la ciencia jurídica? Quizá todavía pueda decirse algo de Peter Häberle como docente, que siempre se ha tomado y se toma muy en serio la obligación de «conquistar al alumno» (Hans Maier)⁸³. O se puede subrayar su plena implicación en varias de las grandes revistas (DÖV, AöR), destacando por encima de todo sus treinta años como editor del JöR, que merecen un reconocimiento singular⁸⁴. Y no debería de olvidarse la influencia internacional de Häberle⁸⁵.

Sin embargo, en el espacio limitado del que disponemos, querríamos rendir homenaje a la influencia pública de Häberle fuera del espacio universitario. Häberle marca una diferencia significativa: en contraste con un gran número de teóricos y teóricas del Estado, no ha tenido interés en el poder social. En consecuencia, renunció a cualquier esfuerzo por alcanzar puestos, y por su propia voluntad, también renunció a cualquier encargo que fuese ajeno a sus capacidades. Pero no se trata de una retirada a lo privado o de buscar cobijo en la torre de marfil, pues Häberle a menudo ha mostrado un honroso compromiso con la sociedad⁸⁶. Simplemente prefiere trabajar con las armas del científico.

Lo ha hecho mediante «llamadas» político-constitucionales —¿qué hubiera ocurrido si la mayoría hubiese escuchado su alegato en favor de una tercera vía durante la reunificación?⁸⁷—, también mediante una documentación precisa de los desarrollos

82 Cfr. en especial HÄBERLE, «Diskussionsbemerkungen», *VVDStRL* 45 (1987), p. 251 y ss.; 48 (1990), p. 128 y ss.; 54 (1995), p. 105 y ss.; 56 (1997), p. 309 y ss.; 61 (2002), p. 185 (186); 62 (2003), p. 110 y ss.; 64 (2005), p. 86 y ss.; 65 (2006), p. 88 y ss.; 66 (2007), p. 190 y ss.

83 Aquí nos podemos remitir a SCHULZE-FIELITZ (n. 1), p. 145 y ss.

84 Cfr. STOLLEIS, *Geschichte IV* (n. 23), p. 89 y ss., 493 y ss.

85 Al respecto, por ejemplo, Paolo RIDOLA, «Das Wirken Peter Häberles in Italien», en *Die Welt des Verfassungsstaates*, Morlok (coord.), 2001, p. 125 y ss.; Tsuyoshi HATAJIRI, «Eine Studie über die Verfassungslehre von P. HÄBERLE und ihre Rezeption in Japan», en *FS Häberle* (n. 4), 2004, p. 517 y ss.; así como las entrevistas realizadas por investigadores extranjeros y citadas en la n. 1, en la que se informa de la recepción de Häberle.

86 Cf. las loas de Häberle a la actividad política de Ehmke (en sus *Kleine Schriften*, 2002, p. 50 y ss.), las alegaciones judiciales y los dictámenes de Dürig (op. cit. p. 56 y ss.) y la labor de Hesse como juez constitucional (op. cit., p. 94 y ss.), así como las manifestaciones llenas de respeto a la presencia medial de Hans-Peter SCHNEIDERS (op. cit., p. 158 y ss.).

87 Al respecto HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 49 (1990), p. 154 y ss.; «Die Staatsrechtslehre im Prozeß der deutschen Einigung», *BayVBl.* 1991, p. 385 y ss.; «Die Kontroverse um die

constitucionales –en su momento fue de una utilidad infinita el acompañamiento que a través del JöR se hizo a los procesos constituyentes en los nuevos cinco Länder⁸⁸–; a través del asesoramiento en los procesos constituyentes⁸⁹ de Estonia⁹⁰, Polonia⁹¹, Ucrania⁹² o St. Gallen⁹³; o con la participación activa en esos procesos⁹⁴.

Por encima de todo, Häberle representa el lema que dice: «el que crea nuevas imágenes, pone la semilla de nuevas ideas»⁹⁵. Y las imágenes de Häberle quiebran categorías establecidas, pero no con un cambio violento de ideas, sino con cuidadosos añadidos, a través de matices inéditos. Ha llegado a influir, cambiando así el Derecho, en la más variada jurisprudencia, que va desde el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia, pasando por el Tribunal Constitucional sudafricano, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en Argentina, distintos Tribunales Constitucionales de los Länder, Tribunales Supremos de la Federación, o hasta el propio tribunal administrativo de Freiburg⁹⁶.

Los tribunales han asumido conceptos häberlianos como el «Estado cultural»⁹⁷, la comparación jurídica como «quinto método interpretativo»⁹⁸, o el «status activuspro-

Reform des deutschen Grundgesetzes» (1991/92), en *ZfP* 39 (1992), p. 233 y ss. (los últimos dos trabajos en su libro, *Das Grundgesetz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, 1996, p. 71 y ss., 237 y ss.).

88 HÄBERLE, «Die Verfassungsbewegung in den fünf neuen Bundesländern Deutschlands 1991 bis 1992», *JöR* 42 (1994), p. 149 y ss. *Cfr.* también, «Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien», *JöR* 43 (1995), p. 105 y ss.; 44 (1996), p. 321 y ss.; 45 (1997), p. 177 y ss.; 46 (1998), p. 123 y ss.

89 Al respecto HÄBERLE, *VLKW2*, p. 283 y ss., 546 y ss.

90 HÄBERLE, «Vorläufige und punktuelle Stellungnahme zum Verfassungsentwurf Estland», *JöR* 43 (1995), p. 105 (170 y ss.) (= *VÖP3*, p. 694 y ss.).

91 *Cfr.* HÄBERLE, «Verfassungspolitische Maximen für die Ausgestaltung der “Europafähigkeit” Polens», *Die Verwaltung* 28 (1995), p. 249 y ss. (= *VÖP3*, p. 738 y ss.).

92 HÄBERLE, «Allgemeine Probleme des Verfassungsrechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit», *JöR* 48 (2000), p. 399 y ss.

93 HÄBERLE, «Die Kunst der kantonalen Verfassungsgebung», *JöR* 47 (1999), p. 149 y ss.

94 *Cfr.* HÄBERLE, «Probleme der Verfassungsreform in Italien», en *VÖP3*, p. 817 y ss.; también en «Die Chinesisch Charta 08», *JöR* 60 (2012), p. 329 y ss.; «Der arabische Frühling», *JöR* 60 (2012), p. 605 y ss.

95 Jean PAUL, *Sämtliche Werke*, edición de N. Möller, Vol. II, 1, München 1974, p. 268.

96 Al respecto, en general NUSSBERGER, «Wer zitiert wen – Zur Funktion von Zitaten bei der Herausbildung gemeineuropäischen Verfassungsrechts», *JZ* 2006, p. 763 y ss.

97 Recientemente BVerfG, *EuGRZ* 2014, 98 (110) (ley de fomento del cine), en referencia a HÄBERLE, *Kulturstaat* (n. 26).

98 *Cfr.* la decisión de 11 de junio de 2001, del Tribunal de Estado del Liechtenstein, StGH 2000/39; así como la recepción de las reflexiones de Häberle en BVerfGE 128, 326 (327, 369 y ss.)

cessualis»⁹⁹, se recibe su método científico-cultural¹⁰⁰, o incluso argumentaciones determinadas –por ejemplo, la protección del día festivo¹⁰¹, la protección de la familia¹⁰², la dignidad humana¹⁰³, la primacía de la Constitución¹⁰⁴–. Pero por encima de todo ha influido su dogmática sobre los derechos fundamentales, - de manera especial allí donde no se le cita, lo que no está exento de ironía (¿no es este quizá el mayor honor?)¹⁰⁵. No obstante, Häberle ha descubierto algunas cuestiones con tanta anticipación, que una recepción adecuada todavía debe esperar¹⁰⁶.

– Sicherungsverwahrung II, con referencia a Häberle, *EVL7*, p. 255 y ss. En la reciente recepción bibliográfica Cfr. WENDEL, «Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform», *Der Staat* 52 (2013), p. 339 (357 y ss.).

99 BVerfGE 53, 30 (80) – Mülheim-Kärlich; Tribunal del Estado de Hesse, decisión de 18 de junio de 1980 –P.St. 906–, marginal 17. Cfr. para la recepción de la bibliografía más reciente HÄBERLE, *VÖP3*, p. 8 y ss.; recientemente KAISER, *Die Kommunikation der Verwaltung*, 2009, p. 148 y ss.

100 Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia de 29 de octubre de 2013, Grupo Clarín S.A. y otros (G. 439. XLIX. REX), p. 192.

101 BVerfGE 125, 39 (81) – Berliner Ladenöffnungszeiten. Cfr. también OVG Koblenz, *NVwZ*1993, 71 (72); VGH München, *NVwZ*2013, 509 (513).

102 LSG Nordrhein-Westfalen, cuestión incidental de 6 de diciembre de 1996 –L 13 Kg 24/95–, marginal 81.

103 Tribunal Constitucional del Estado de Berlín, *JR* 1993, 519 (524); Tribunal Constitucional del Estado libre de Sajonia, *PersV* 44 (2001), 198 (211).

104 Tribunal de Justicia, Conclusiones del 14 de septiembre de 2010, Rs. C-47/08 (Comisión/ Bélgica), marginal 97 con n. 78.

105 La tesis sobre el espacio público defendidas en la conferencia de las jornadas de la Asociación de profesores de Derecho del Estado, ha sido asumida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 33, 303 (330 y ss.) – Numerus Clausus I, influyendo sin que se haga una cita expresa (Cfr. la referencia de HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 83 y ss.). Luego sería citado su trabajo (HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht im Leistungsstaat», *DÖV* 1972, p. 729 y ss.), en BVerfGE 43, 291 (314) – Numerus Clausus II. Cfr. también para la recepción de las tesis de Häberle: BVerwGE 52, 339 (343); BVerwG, decisión de 8 de noviembre de 1982 – 7 CB 98/81 –, marginal 12; BSGE 71, 122 (126); Tribunal del Estado de Hesse, decisión de 1 de diciembre de 1976 – P.St. 812 –, marginal. 55. Incluso tribunales de instancia han citado a Häberle, por ejemplo VG Freiburg, decisión de 28 de agosto de 1975 – VS. III 56/74. También en relación con la teoría de los derechos fundamentales, BVerwGE 58, 26 (34); y el Tribunal Constitucional de Suráfrica, *S v Makwanyane and Another* (CCT3/94), decisión de 6 de junio de 1995 marginal 166 (n. 16).

106 Schulze-Fielitz (n. 1), p. 147.

2. LOS TEMAS DE UN PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL SENSIBLE AL CONTEXTO

Ni es posible recibir «in toto» la obra de un académico¹⁰⁷, ni dar cuenta de todos sus temas de investigación. Más aún cuando, en principio, cualquier asunto es relevante para un Derecho que se abre al contexto, tal y como vemos en el pensamiento de Häberle. En definitiva, estamos ante una obra demasiado extensa para desarrollarla en esta contribución. Le corresponde a los científicos del futuro dar cuenta de las investigaciones de Häberle sobre el «Derecho constitucional de la religión» –un concepto, de cuya popularidad actual no es inocente¹⁰⁸–, su «doctrina mixta sobre el estado federal»¹⁰⁹, los amplios trabajos en torno al concepto del interés general¹¹⁰, sobre la jurisdicción constitucional y en especial sobre el Tribunal Constitucional federal como «modelo de una jurisdicción constitucional autónoma»¹¹¹, sobre la dignidad humana¹¹², y, obviamente, sobre el concepto de Constitución¹¹³. En adelante se van a abordar tres cuestiones, en el que el carácter contextual del Derecho cobra una forma especial y en el que las reflexiones de Häberle han fijado los términos del debate.

107 En relación a Scheuner y Dürig, HÄBERLE, *VLKW2*, p. 527 (mit n. 911), 531.

108 Al respecto, HÄBERLE, «Staatskirchenrecht als Religionsrecht der verfassten Gesellschaft», *DÖV* 1976, p. 73 y ss. (= *VÖP3*, p. 329 y ss.); también STOLLEIS, *Geschichte IV* (n. 23), p. 343.

109 Al respecto HÄBERLE, *VLKW2*, p. 776 y ss.

110 Primero en HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, 1970; el desarrollo y su recepción en *VLKW2*, p. 819 (en especial n. 590); para una materialización del concepto de interés común véase el epílogo en HÄBERLE, *Öffentliches Interesse*, 2.º ed., 2006, p. 769 y ss.; desde una perspectiva crítica STOLLEIS, *Geschichte IV* (n. 23), p. 392 y ss.

111 En especial, HÄBERLE, «Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, 2001, p. 311 y ss.; *Cfr.* también, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates», *EuGRZ*, 2004, p. 117 y ss; asimismo *VLKW2*, p. 256 y ss.; y *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht*, 2014.

112 HÄBERLE, «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en *HStR II*, 32004, § 22.

113 Al respecto las dos reseñas de nombre casi idéntico HÄBERLE, «Allgemeine Staatslehre, Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?», *ZfP* 12 (1965), p. 381 y ss.; «Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre? Zu Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre», 1971, *AöR* 98 (1973), p. 119 y ss. (= *VÖP3*, p. 271 y ss.); también en *VLKW2*, p. 667. En la bibliografía secundaria STOLLEIS, *Geschichte IV* (n. 23), p. 373 y ss.

2.1. *Las condiciones sociales de la libertad jurídica*

Todo concepto de libertad riguroso debe estar atento al contexto social en el que se ejerce la libertad. En la fórmula de Häberle, que ha devenido clásica, la libertad «carece de valor al margen de las condiciones materiales de su ejercicio»¹¹⁴. Partiendo de esta premisa y en reacción a la gran cuestión constitucional de las primeras décadas de la República federal, a saber, qué función correspondía a los derechos fundamentales liberales en el Estado social¹¹⁵, Häberle desarrolló una dogmática de los derechos fundamentales cuya esencia siempre ha defendido, pese a haber experimentado modificaciones en detalle, en su tesis doctoral y, sobre todo, en su ponencia sobre «los derechos fundamentales en el Estado prestacional», que tuvo lugar en las jornadas de la Asociación de profesores de teoría del estado¹¹⁶. La historia de este ensayo la damos por sabida. Su finalidad ha sido recientemente caracterizada por Poscher: según Häberle la libertad se desarrolla solo «en instituciones constituidas jurídicamente, que, observadas desde una perspectiva errada, no se manifiestan como condiciones que hacen posible la libertad en sociedad, sino como un ataque frente a una libertad. Entendida correctamente, la libertad dentro de los derechos fundamentales no es negación del Estado y del Derecho, sino libertad en las relaciones vitales jurídicamente ordenadas [...]. La libertad en Häberle no es libertad frente a algo, sino siempre libertad en el Derecho y en el Estado»¹¹⁷.

Hoy la disputa en torno a la dogmática de los derechos fundamentales ha perdido vigor, puesto que el debate está mayoritariamente dominado por las discusiones sobre la solución del caso concreto. Sin embargo, las tesis de Häberle continúan siendo relevantes, en especial la dependencia de la comprensión de cada derecho fundamental – incluso si se defiende la tesis opuesta de una concepción puramente jurídica– respecto a su «sustrato sociológico», derivadas de las «condiciones económicas», de manera que

114 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (140).

115 Cfr: el repaso contemporáneo de SCHEUNER, «Funktion der Grundrechte im Sozialstaat», *DÖV* 1971, p. 505 y ss.; recientemente THURN (n. 16), p. 22 y ss., 119 y ss.

116 En este sentido las indicaciones que se encuentran en la segunda edición de la tesis de HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed. 1983, p. VI y ss.

117 POSCHER, *GrundrechtealsAbwehrrechte*, 2003, p. 54 y ss., con referencia al libro de Häberle, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed. 1983, p. 70 y ss., 150 y ss. Con detalle en referencia al concepto de institución utilizado por Häberle, GÜNTER, *DenkenvomStaath*, 2004, p. 252 y ss., 304 y ss.; SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, 1997, p. 366 y ss. En virtud de la popularidad que ganó el concepto de institución, véase en la bibliografía de entonces SCHOLZ, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, p. 223 y ss.; KLOEPFER, *Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz*, 1970; en sentido crítico, ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, p. 126 y ss.; RÜTHERS, *Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen*, 1970, p. 18 y ss.

sigue abierta la cuestión sobre «la función social de los derechos fundamentales y su correspondiente dogmática»¹¹⁸. A estos efectos, Häberle nos recuerda que la teoría de los derechos fundamentales no debe elaborarse de modo «escolástico», sino buscando «el medio para un fin»¹¹⁹. Los derechos fundamentales se enmarañan si olvidamos frente a qué nos protegen: «Puesto que las situaciones de riesgo para la libertad personal cambian históricamente, sus respuestas también han de cambiar en el tiempo»¹²⁰.

Esta perspectiva es muy actual en una sociedad en la que los riesgos frente a la libertad son más difusos y carecen de límites territoriales, a diferencia de los que se imputaban unilateralmente al Estado —estamos en el tiempo del poder privado, sea de naturaleza financiera o a través de la injerencia en las comunicaciones íntimas y con ella en la identidad personal de millones de ciudadanos y ciudadanas, que no tiene parangón con las intervenciones estatales—. ¿No es la dialéctica sobre la que nos habló Häberle —«se necesita una libertad a través del Estado, frente al Estado y para el Estado»— hoy más adecuada que en el tiempo en el que se formuló?¹²¹ En cualquier caso la invocación de Häberle reclama una actualización de la dogmática de los derechos fundamentales en el contexto de los riesgos actuales de la libertad. Está por ver si esto se logrará con un «desarrollo que asiente la garantía de los derechos fundamentales»¹²² o con una iniciativa político constitucional. En ambos casos, el éxito dependerá de su penetración en la vida social y su practicabilidad¹²³.

2.2. *Lo prejurídico como objeto de regulación del derecho*

Partiendo de los derechos fundamentales, Häberle muestra la dialéctica entre la fuerza normativa de lo fáctico y la fuerza fáctica de lo normativo¹²⁴. Ya su tesis doctoral

118 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (71, 72 mit n. 109). Respecto a los derechos fundamentales y su «función social» en conexión con el pensamiento de Hauriou, véase HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 8 y ss.

119 HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 88.

120 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 731. Respecto a la necesidad de una comprensión temporalmente adecuada de la Constitución, *Cfr.* HÄBERLE, *Zeit und Verfassung*(n. 23).

121 Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (76); también *Wesensgehalt*(n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 93.

122 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (72). Para el fundamento teórico constitucional, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 7 (con referencia a la tradición de Hesse y Smend).

123 En este sentido HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 91, 103.

124 Sobre «la fuerza normativa de lo jurídico frente a lo fáctico», véase HÄBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, p. 65.

merodeó en torno a esta relación, que en referencia a los derechos fundamentales se formuló en los siguientes términos: «los derechos fundamentales son, por un lado, expresión de un orden de libertad efectivo, y al mismo tiempo, por otro, son condición necesaria para ese orden, que se reconstituye cada vez que hay un nuevo ejercicio individual de la libertad»¹²⁵. Es así porque las Constituciones no surgen «de una tabla rasa, en una hora cultural cero»¹²⁶. A partir de aquí cabe hacerse al menos dos tipos de preguntas.

Desde un punto de vista teórico, el análisis científico-cultural ya tratado, que estudia el Derecho en contexto, plantea pocos problemas. Que la Constitución es algo más que el Derecho constitucional es hoy un lugar común —esto es, sus destinatarios conforman un fenómeno político-cultural de naturaleza jurídica—¹²⁷. No siempre se hace presente la esencial contribución de Häberle en la formulación de esta perspectiva, mediante la reavivación de la teoría constitucional como ciencia de la cultura¹²⁸ o a través de la investigación en torno a ciertos elementos culturales —símbolos estatales como los himnos, la bandera o la garantía del día de descanso—¹²⁹, o la importancia de la literatura, la música, el arte, el cine y las utopías¹³⁰. Lo ha subrayado lacónicamente Klaus F. Röhl: «Las ideas de Häberle se han extendido en

125 HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 4.

126 HÄBERLE, «Zeit und Verfassungskultur», en *Reflexionen über die Zeit*, Nöth (coord.), 2000, p. 57 (60). En sentido similar, «Besprechung von: Udo Steiner, Verfassungsgebung», *ÄöR* 94 (1969), p. 479 (484 y ss.); también, «Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung», *ZSR* 97 I (1978), p. 1 y ss. (= *VÖP*3, p. 184 y ss.); *VLKW*2, p. 98.

127 En este sentido WAHL, «Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung», en *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Vesting/Korioth (coord.), 2011, p. 355 y ss. Sobre lo mismo HÄBERLE, *VLKW*2, p. 83 y ss. (con referencia a Heller, que en su momento desarrolló la imagen de Goethe, por la cual el Derecho constitucional es «forma acuñada, que se desarrolla vitalmente»). Cfr. Möllers, «Philosophie – Recht – Kultur», en *Symbolische Welten*, Rustemeyer (coord.) 2002, p. 109 y ss.; HALTERN, «Notwendigkeit und Umrisse einer Kulturtheorie des Rechts», en *Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*, Dreier/Hilgendorf (coord.), *ARSP BH* 113 (2008), p. 193 y ss.; KRÜPER, «Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts», en *Grundlagen des Rechts*, en libro coordinado por Häberle, 2011, p. 260 y ss.; desde el punto de vista externo RÖHL (n. 44) en rechtssoziologie-online.de/?page_id=450.

128 Además de la «Summe» recogida en la segunda edición de la *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1998), véase también *Europäische Rechtskultur*, 1994.

129 De manera específica, HÄBERLE, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987; *Nationalflaggen, Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008; *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 2.ª ed. 2013.

130 HÄBERLE, *VLKW*2, p. 518 y ss.

la teoría del Estado, por más que no se le cite»¹³¹. Intentemos aplicar positivamente esta conclusión poco halagadora para la academia: ¡En los textos de Häberle hay mucho que descubrir para los investigadores sensibles al contexto! Entre otras cosas, la idea de que un análisis científico-cultural no conduce de ninguna manera a la disolución del Derecho, sino a una especial sensibilidad para con las instituciones jurídicas, procesos y formas de racionalización¹³².

Mucho más exigente, desde un punto normativo antes que descriptivo, es otra cuestión de la que Häberle se ha ocupado intensivamente: ¿pueden (y cómo pueden; ¿deben?) ser estabilizados e incluso totalmente dirigidos esos vínculos sociales, que son condición para que las reglas jurídicas vinculen efectivamente? En este ámbito, durante mucho tiempo, nos hemos encontrado al Häberle incondicionalmente optimista, que cree en la ilustración, la reforma, la educación, en la capacidad de mejorar la humanidad. Por eso no es casualidad que su tesis del Estado prestacional la desarrollase preferentemente con ejemplos relativos al tema de la educación, subrayando «el derecho a la igualdad de oportunidades en la educación, con un acceso igual a las condiciones formativas»¹³³. Del mismo modo, sus preguntas sobre la posibilidad y la relevancia de la regulación jurídica de los «objetivos educativos»¹³⁴, entendidos como «condición básica de la Constitución del pluralismo»¹³⁵, reflejan el interés en hallar una situación normativa en la que «el Estado constitucional garantice por sí mismo sus condiciones de existencia»¹³⁶. Tesis que se enfrenta conscientemente a la posición resignada y apodíctica de Böckenforde¹³⁷.

131 Cfr. RÖHL (n. 44) en rechtssoziologie-online.de/?page_id=450; en el mismo sentido las conclusiones de SCHULZE-FIELTIZ (n. 1), p. 146 y ss.

132 Häberle siempre subraya que «lo otro», esto es, el lado cultural del Derecho, no es imaginable sin la dimensión técnico-jurídica. Cfr. HÄBERLE, *VLKW2*, p. 1063 y ss.: «Sin los intérpretes constitucionales en sentido estricto y sin pericia jurídica no habría Estado constitucional como parte de una sociedad abierta».

133 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (108); sobre el Derecho de las subvenciones privadas, op. cit., p. 77 y ss.

134 Cfr. HÄBERLE, *VLKW2*, p. 758 y ss., construido a partir de, entre otros, HÄBERLE, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*; «Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele», en *FS Hans Huber*, J. P. Müller et al. (coord.), 1981, p. 211 y ss.

135 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 760 y ss.; Cfr. op. cit., p. 169.

136 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 500.

137 Cfr. BÖCKENFÖRDE, «Das Grundrecht der Gewissensfreiheit», *VVDStRL* 28 (1970), p. 33 (80): «Pertenece a la estructura del Estado de Derecho liberal, el hecho de que vive de condiciones, que él mismo no puede garantizar sin poner en cuestión la propia libertad». En contra, HÄBERLE, *VLKW2*, p. 500 con n. 834.

Al respecto, Häberle siempre ha argumentado, al menos al comienzo, que el Estado podía generar los propios fundamentos espirituales en los que se basa. Los textos de los años sesenta y setenta insinuaron que el orden constitucional se estabilizaba por sí mismo, llegando a convertir la cuestión en asunto de estudio («un orden que se sostiene a sí mismo»). Con el tiempo, ante los riesgos estructurales, debió realizar cesiones significativas para enfrentarse al reproche de que solo describía órdenes constitucionales exitosos, sin ser consciente de sus retos¹³⁸.

Sin embargo, sorprende que la ciencia jurídico-constitucional haya aprovechado tan poco las tesis de Häberle, sospechosas siempre de un optimismo que pretendía introducir clandestinamente las utopías políticas en el Derecho; por no hablar del eminente escepticismo político, que mayoritariamente ha ignorado sus tesis. Sin embargo, hoy están superadas las posiciones apodícticas que se mueven en dicotomías binarias. Y no hay duda de que Häberle abre un gran marco de investigación a aquellos que están interesados en una ciencia jurídica capaz de dirigir la realidad. Para ello Häberle llama a una interpretación de la Constitución como condición de una «cultura constitucional» exitosa y de este modo garante «de un tratamiento cuidadoso con una Constitución entendida cualitativamente»¹³⁹.

2.3. *Sobre la formación del Derecho constitucional común europeo*

¿Qué significa para el sueño de una Constitución europea afirmar que los ordenamientos constitucionales reflejan «la situación y el proceso cultural», trascendiendo «sus reglas jurídicas», para tener en cuenta también «lo irracional en la conducta del ciudadano»?¹⁴⁰ Häberle se ha ocupado, desde los primeros ochenta, de la perspectiva constitucional europea, o lo que es igual, de la europeización del Derecho

138 *Cf.* las referencias a un diagnóstico sobre la cada vez más intensa economización, con un tono un tanto resignado, HÄBERLE, *VLKW2*, p. 169; también en la conversación con Posavec, en *Kleine Schriften*, 2002, p. 354 (366 y ss.). En parte, Häberle ofrece también un fuerte entendimiento material del ordenamiento jurídico, como se ve en especial en anotaciones posteriores a su trabajo «Verfassungstheorie ohne Naturrecht», en *VÖP3*, p. 120: por tanto deberían «realizarse determinadas condiciones culturales [...], para generar en las normas supremas del Estado constitucional principios «autorealizables». Las circunstancias culturales del Estado constitucional están siempre potencialmente amenazadas, y con ella la recaída de Europa en la barbarie (por ejemplo, con las llamadas limpiezas étnicas), lo que hace irrenunciable la reserva de cierto grado de Derecho natural».

139 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 91, también p. 260, 768 y ss.

140 Para esta definición constitucional HÄBERLE, *VLKW2*, p. 911.

constitucional. Su concepto de «los derechos fundamentales comunes europeos»¹⁴¹ pronto se transformó en la fórmula más amplia del «Derecho constitucional común europeo»¹⁴², en el que las Constituciones nacionales son «Constituciones parciales» de un todo mayor¹⁴³.

Partiendo de un método sensible al contexto, Häberle busca los tonos medios, los pasos intermedios, que unan los conceptos constitucionales tradiciones del Estado nación con la realidad de un nuevo orden supranacional. Las categorías binarias, como la soberanía, son ahora poco útiles¹⁴⁴. Corresponde en consecuencia europeizar los grandes conceptos de la teoría constitucional —no solo la soberanía, sino también el concepto de pueblo o de espacio público—: «todos los grandes conceptos de la teoría del Estado clásica, de G. Jellinek a H. Heller, necesitan una revisión en el foro del constitucionalismo europeo actual»¹⁴⁵. Y no piensa en una Europa limitada a la Unión Europea, sino que incluye al Consejo de Europa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la OCDE.

Al mismo tiempo, Häberle permanece atento a las identidades constitucionales de los Estados miembros, o, siguiendo la barroca expresión contenida en uno de los ensayos de su *Europäische Verfassungslehre*, cuyos matices, sin embargo, ilustran adecuadamente la complejidad de la cuestión: «teoría constitucional europea» (en vez de «Derecho constitucional europeo»), y tampoco teoría del Estado europea, pues Europa no es un súper Estado, sino la Europa de «los padres de la cultura», que a su vez tienen la forma de Estados constitucionales¹⁴⁶.

141 HÄBERLE, «Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive», *JöR* 32 (1983), p. 9 (16 y ss.).

142 HÄBERLE, «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *EuGRZ*, 1991, p. 261 y ss.; luego en parte en *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, Basel, 1997; *VLKW2*, p. 1073 y ss.; *EVL7*, p. 111 y ss. *Cfr.* recientemente los siguientes estudios de Häberle: «Die Werte der Selbstregierung als Elemente gemeineuropäischer Verfassungskultur», *JöR* 57 (2009), p. 457 y ss.; «Kommunale Selbstverwaltung unter dem Stern des Gemeineuropäischen Verfassungsrechts», *JöR* 58 (2010), p. 301 y ss.; «Gemeineuropäisches Verfassungsrecht», *Die Unionsgrundordnung*, Tsatsos (coord.), 2010, p. 181 y ss.

143 HÄBERLE, *EVL7*, p. 221 y ss.

144 Al respecto HÄBERLE, «Souveränität» (n. 37), en *VÖP3*, p. 374: «El entendimiento de que los conceptos de soberanía, Estado y Derecho están cargados de historicidad, que muchas de las preguntas tradicionales conlleva su uso distorsionado, como consecuencia de un pensamiento que fuerza la realidad».

145 HÄBERLE, *EVL7*, p. 37. Respecto al espacio público europeo, *Gibt es eineuropäische Öffentlichkeit?*, 2000; así como *EVL7*, p. 163 y ss., 214 y ss.

146 HÄBERLE, *EVL7*, p. 31, *Cfr.* también op. cit., p. 54 y ss.

Para Häberle hay pocas propuestas técnico-jurídicas concretas más centrales que la apelación general al jurista del siglo XXI, que ha de exponer el valor histórico único de la «cultura europea»¹⁴⁷, cuya garantía es responsabilidad del «jurista europeo»¹⁴⁸. En el cincuenta aniversario del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Häberle escribió en el libro homenaje al citado órgano que el Tribunal debería activar su autocomprensión como «tribunal constitucional europeo» y abrirse a la «comunidad constitucional europea en formación»¹⁴⁹. En este sentido, el Tribunal siempre subraya, a menudo con referencia a Häberle, el entendimiento de los derechos fundamentales como forma de los derechos humanos a la luz de la CEDH, que conforma un estándar mínimo, más allá del cual no hay Europa¹⁵⁰.

3. CRÍTICA Y LÍMITES DEL JURISTA EUROPEO EN CONTEXTO

La ciencia jurídica sensible al contexto ha de pagar su precio¹⁵¹. El propio Häberle, en el homenaje a Smend, anticipó aspectos importantes de la crítica al estilo del pensamiento contextual. Al respecto afirmó: «Smend es un gran motivador, incluso si sus propuestas han de adaptarse con algunas correcciones [...] Antes de nada, él formuló los problemas con un telón de fondo histórico universal y detallado, adornado del uso sensible de la lengua, con tantas perspectivas, que los contornos ofrecían una imagen impresionista. Este modo de pensamiento jurídico es fuerte y débil al mismo tiempo; uno requiere al otro: fuerte, porque nos muestra las inseguridades de la imagen global, débil porque el exceso de diferenciación amenaza lo fundamental»¹⁵².

Si nos tomamos en serio esta opinión, no podemos adoptar una posición a favor o en contra de una ciencia jurídica sensible al contexto. Más bien se trata de hallar dentro de la ciencia jurídica la medida adecuada de sensibilidad al contexto, para abrir espacios reflexivos a los derechos, sin ahogarse en un exceso de diferen-

147 HÄBERLE, *EVL7*, p. 104 y ss., 152 y ss.

148 *Cfr.* las referencias en la n. 4.

149 HÄBERLE, «Bundesverfassungsgericht» (n. 111), *FS BVerfG*, 2001, p. 311 (330 y ss.).

150 BVerfGE 128, 326 (327, 369 f.) – Sicherungsverwahrung II (véase n. 98).

151 Los lectores de Häberle no se sorprenderán de que en este punto se formulen algunas dudas: *Cfr.* las recensiones recogidas en *VÖP3* sobre trabajos de Habermas (op. cit., p. 230), Leisner (op. cit. p. 294), Suhr (op. cit. p. 309), Forsthoff (op. cit., p. 325 y 397), Kriele (op. cit., p. 356) y von Simson (op. cit., p. 381).

152 HÄBERLE, «Nachruf auf Rudolf Smend», *NJW* 1975, p. 1874 (1875) (= *VÖP3*, p. 685 (686)).

ciación. Una ciencia jurídica sensible al contexto es siempre tan importante como lo sean las preguntas que posibilita. Pero, sin duda, el mejor modo de desarrollar la justificación y los límites de una perspectiva sensible al contexto se encuentra en las preguntas que formula la obra de Häberle.

3.1. *Realidad, posibilidad y necesidad ¿y el método?*

El reproche tradicional a la ciencia jurídica sensible al contexto, en especial tal y como la sitúa Häberle en el «campo de tensión entre el pensamiento de lo real, de lo posible y de lo necesario»¹⁵³, consiste en afirmar que conduce a un «pluralismo metodológico anárquico y extraño»¹⁵⁴. Más duras son las críticas que hablan de la «licuación» de la normatividad de la estructura jurídico-constitucional o del «Estado que se escapa entre las manos»¹⁵⁵. La crítica se radicaliza cuando Häberle establece conexiones positivas con el «sincretismo metodológico» de Heller¹⁵⁶, pues se considera que supone la renuncia a una comprensión científica, controlada por el método. Así, Schlink afirma que «en Häberle simplemente no hay método»¹⁵⁷. Otros piensan que difumina la frontera entre «la política constitucional y el Derecho constitucional»¹⁵⁸, de manera que las posiciones de Häberle están subordinadas a intereses institucionales¹⁵⁹.

En estos tiempos se le reprocha la politicidad y se le critica que considere su posición como la «única jurídica», que absolutice su método y use medios poco

153 HÄBERLE, «Möglichkeitsdenken» (n. 12), p. 43 (= *VÖP3*, p. 32).

154 BÖCKENFÖRDE, «Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft» (1983), en su libro, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 11 (28).

155 BÖCKENFÖRDE (n. 154), p. 20 y ss. en especial n. 18; también HENKE, «Der fließende Staat», *Der Staat* 20 (1981), p. 580 y ss. Aquí se opone la nueva terminología utilizada en torno al pensamiento de valores, *Cfr.* de modo similar BÖCKENFÖRDE, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en *FS Adolf Arndt*, EHMKE et al. (coord.) 1969, p. 53 (73): «Se escapa la cultura tradicional del Estado constitucional de Derecho».

156 Así como en HELLER, «Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart», *AöR* 55 (1929), p. 321 (354).

157 SCHLINK, «Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft», *Der Staat* 19 (1980), p. 73 (82).

158 *Cfr.* las contribuciones al debate de HERZOG, *VVDStRL* 30 (1972), p. 147 y ss., y OPPERMANN, *op. cit.*, p. 167 y ss.

159 BÖCKENFÖRDE, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» (1974), en su libro *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, p. 115 (133), dirigido esencialmente frente a Smend y el concepto de valor, que considera «una forma enmascarada de propiciar un decisionismo judicial e interpretativo».

efectivos en la disputa jurídica¹⁶⁰. ¡Solo los demás están ideologizados! Sin embargo, la verdad es que únicamente en determinadas prácticas discursivas no existe un «método jurídico» genuino. Más bien, el disenso en torno al método correcto es una parte necesaria de todo debate serio sobre la ciencia jurídica.

De estos enunciados se deduce una primera e importante condición para el «control» de la ciencia jurídica sensible al contexto, puesto que debe dar cuenta sobre sus principios metodológicos y su relación con el orden constitucional. El propio Häberle ha subrayado siempre la necesidad de la transparencia metodológica: las precomprensiones latentes deben hacerse patentes al modo de una teoría constitucional inmanente¹⁶¹. En consonancia, Häberle, en numerosos escritos, ha desplegado y desarrollado teóricamente las perspectivas aprendidas de Popper y Albert, llevándolas a la tesis de una «teoría abierta y orientada a la realidad», en la que los principios jurídicos no solo pueden garantizarse, sino que deben garantizarse¹⁶²; y generado también teorías sobre el carácter evolutivo de las normas constitucionales¹⁶³, sobre la comprensión de la Constitución como «un proceso abierto para la racionalización y la limitación del poder estatal y social, así como la composición de los conflictos sociales»¹⁶⁴, sin olvidar las múltiples consecuencias para la aplicación jurídica¹⁶⁵.

¿Es la posición de Häberle simplemente «correcta»? La pregunta no estará bien planteada, en tanto que no se conciba como la idea directriz de una empresa metodológica autónoma. De este modo, la pregunta debe responderse a la luz del proyecto de Häberle, que consiste en saber en qué medida es la Ley Fundamental «cooperativa» adecuada a su objeto, de manera que pueda explicar lo existente de forma comprensible y responder a los nuevos retos. Ya se ha apuntado cómo Häberle presta atención al detalle y al mismo tiempo no pierde de vista las grandes líneas. A modo de ejemplo basta fijarse en su reconstrucción de las normas constitucionales, a través de una «descripción densa» del texto de la Ley fundamental, que reduce la complejidad analítica de la estricta dicotomía entre reglas y principios, y que construye su

160 Al respecto de esta controversia THURN (n. 16), p. 252 y ss.

161 En respuesta directa a las críticas de Böckenförde: HÄBERLE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 30 (1972), p. 167.

162 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 56 y ss., 73.

163 HÄBERLE, «Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung» (n. 126), en *VÖP3*, p. 182 (203), con la exigencia de «abandonar el dogma de la puntualidad».

164 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 56.

165 *Cf.*: la crítica a la «inconveniente desvalorización de la historia del método interpretativo», HÄBERLE, «Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo» (1975), *VÖP3*, p. 467 (470 y ss.).

teoría constitucional a partir de los fundamentos de estos materiales (textuales) y desarrolla sus principios metodológicos¹⁶⁶, lo que, en cierta medida compone límites metodológicos a la ciencia jurídica en contexto.

3.2. ¿Es la sensibilidad con el contexto una búsqueda de la armonía?

La próxima cuestión precisa el primero de los reproches comentados: incluso cuando aceptamos que los juristas discuten tradicionalmente sobre la «absolutización de puntos parciales»¹⁶⁷, ¿no se abandona el núcleo de construcción de conceptos jurídicos si se utiliza un método inclusivo del contexto mediante una fórmula que rompe las dicotomías? ¿No es precisamente el Derecho un mecanismo para trazar fronteras, que nos permiten tomar decisiones? ¿No enmascara la «apertura» al contexto la realidad de que para aprehender lo propio del Derecho hay que pagar un precio? Este tipo de críticas o similares, son a las que Häberle siempre se enfrenta¹⁶⁸.

Tampoco parece que llegue demasiado lejos la crítica que sostiene que el método sensible al contexto en términos globales no es adecuado para subordinar el día a día. La doctrina de Häberle sobre los derechos fundamentales sin duda se margina al considerarse «un camino utópico»¹⁶⁹; también se dice que sus tesis científico-culturales son vagas¹⁷⁰. Sin embargo, estas críticas han de rechazarse a la luz de la recepción que sus tesis han tenido en la práctica, tal y como se ha esbozado antes, y por los «efectos explosivos» que le han atribuido a su teoría de los derechos fundamentales sus propios enemigos¹⁷¹. En términos generales, es obvio que solo si no abandona su relación con la práctica, podremos medir la relevancia y persuasión jurídica del método sensible al contexto.

Tiene más peso el reparo que sostiene que una ciencia jurídica sensible al contexto se inclina hacia una «ponderación armonizadora» y olvida que el Derecho surge para superar los conflictos¹⁷². Este reparo es en general correcto en tanto que nos

166 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 363 y ss.

167 HÄBERLE, *VLKW2*, p. 397.

168 Por ejemplo, PIEROTH, «Kultur als juristisches Spiel ohne Grenzen», *Der Staat* 22 (1983), p. 394 (403 y ss.).

169 R. SCHMIDT, «Sozialer Auftrag des Grundgesetzes», *Rechtsstaat – Sozialstaat*, Weyer (coord.), 1972, p. 39 (55).

170 PIEROTH (n. 168), p. 402 y ss.

171 BÖCKENFÖRDE, «Diskussionsbemerkung», *VVDStRL* 30 (1972), p. 165.

172 Por ejemplo, WILLKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, 1975, p. 115.

fijemos en los específicos fundamentos teóricos de los primeros trabajos de Häberle, ligados al concepto material de «unidad de la Constitución»¹⁷³. Tal concepto no parece una condición necesaria para una ciencia jurídica sensible al contexto ni afronta las críticas de Häberle referidas a su propio marco teórico. Este marco se ajustará, cuando organice de modo más abierto su discurso, más allá de precomprensiones y pretensiones ideológicamente homogéneas¹⁷⁴.

En términos generales, este aviso está justificado: una ciencia jurídica orientada a la aplicación se enfrenta a la difícil tarea de desarrollar criterios que determinen (a primera vista) la relevancia jurídica de circunstancias externas al derecho. Se produce aquí un inevitable momento circular, consecuencia del establecimiento del Estado constitucional democrático (crecido culturalmente) y de las precomprensiones que operan en la aplicación del Derecho, su equivalente institucional, que sin embargo puede conllevar el riesgo de confundir lo existente con lo correcto. Para la aplicación del Derecho es un reto teórico saber cómo, bajo estas circunstancias, puede la ciencia jurídica conservar sus pretensiones normativas, sin caer en la simple ejecución de la realidad acorde a la ley¹⁷⁵. Una comprensión de ese tipo es (demasiado) armónica solo para aquellos que desconocen que en el Derecho se instituye un sistema para el reparto de conflictos y que las instituciones a partir del ordenamiento constitucional están obligadas a generar compromisos y a ponderar razones¹⁷⁶.

173 Cfr: el apunte de WILKE (n. 172), p. 115 y ss., sobre HÄBERLE, *Wesensgehalt* (n. 13), 3.ª ed., 1983, p. 5. Häberle mismo criticó en este trabajo el pensamiento de Hauriou calificándolo en algunos puntos de forma vacía (op. cit., p. 88 n. 137) y anticipó el reproche que luego se hizo a su propio trabajo, considerado en ocasiones una falsa «armonización» (op. cit. p. 232), si bien ya previó la defensa: «Sin embargo, las objeciones expuestas no quiebran la corrección de las ideas que se han sostenido: la libertad, como siempre ha ocurrido, en el futuro también tendrá sus sacrificios, porque los sacrificios son necesarios en interés del bien común, y el individuo no puede existir sin un cierto grado de comunidad. Sin querer negar los conflictos entre libertad y sujeción, se ha de decir que la teoría del Estado pierde su tarea específica si se mantiene en un mero análisis de las antinomias».

174 Cfr: en especial la n. 23.

175 De manera crítica en relación a Häberle, SCHLOTHAUER, *Zur Krise der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1979, p. 188.

176 Cfr: las referencias de HÄBERLE, «Schlusswort», *VVDStRL* 30 (1972), p. 188: «Desde un punto de vista negativo, ha de decirse que considerar como posible la existencia de un Derecho apolítico, es una afirmación tan política como falsa. Por lo demás, la «politización del derecho debe tener límites y estar bajo control». Para el propio proceso de aprendizaje desde un punto de vista judicial, véase LÜBBE-WOLFF, *Die Beratungskultur des Bundesverfassungsgerichts*, *EuGRZ*, 2014, p. 509 y ss.

Häberle encajaría mejor en una tercera variante de la crítica recién descrita, que solo se destaca excepcionalmente y que requiere un análisis histórico-jurídico más profundo¹⁷⁷. Al menos en una mirada retrospectiva, es evidente la fuerza con la que los escritos de Häberle hacen patente que la ciencia del Derecho público en la República Federal durante mucho tiempo fue impulsada principalmente por la ciencia de los derechos fundamentales. Cuando en su conferencia en la Asociación de profesores de Derecho del Estado afirmó que «una dogmática social generadora de libertad es por encima de todo una dogmática de los derechos fundamentales, y viceversa»¹⁷⁸, ciertamente se dio un paso de gigante, puesto que se hace operativo y justiciable al Estado social de Derecho en lo atinente a una disputa poco abarcable y difusa en sus implicaciones jurídicas¹⁷⁹. Sin embargo, discutir como una cuestión de derechos fundamentales y por tanto como un problema anti mayoritario asuntos centrales para la comunidad jurídica, del tipo de la reforma educativa, dejan fuera otras cuestiones como la «democratización» de la sociedad y desplaza el peso del legislador y del Tribunal Constitucional Federal para la teoría del Estado.

3.3. ¿Optimismo constitucional o relativismo cultural?

Los contextos, en sí mismos, no son de manera evidente ni buenos ni malos, simplemente nos vienen dados. No obstante, si partimos de que los contextos son relevantes para el Derecho, entonces hemos de aceptar que su análisis se integre en la preparación y producción de la decisión jurídica, lo que no solo transforma el Derecho, sino también los contextos. En relación con el concepto de cultura usado por Häberle, de acuerdo con el cual el jurista en contexto ha de tomar en cuenta determinadas tradiciones culturales, se presupone su juridicidad y su imparcialidad. Esto tiene su equivalente jurídico: no cualquier canción o poema e convierte en himno nacional, y el himno nacional no es una mera canción.

Estas preguntas no son problemáticas, siempre que se pueda y se quiera explicar la estatalidad constitucional como una historia de desarrollo productiva y positiva del espíritu humano objetivado. Aunque Häberle se ha expresado

177 Cfr: la aproximación de THURN (n. 16).

178 HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *VVDStRL* 30 (1972), p. 43 (138) (principio 35).

179 Cfr: GRIMM, «Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses», en *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Hassemer et al. (coord.), 1982, p. 39 (41); recientemente THURN (n. 16), p. 571 y ss.

frente a culturalismos, o teleologías¹⁸⁰, algunas partes de su trabajo muestran a un Häberle defensor de una ciencia jurídica como ciencia de la cultura que considera que existe una cultura «exitosa» y, por tanto, relevante, que en parte es realizada por el Derecho constitucional y en parte está a disposición de la crítica jurídica¹⁸¹. Incluso si la cultura se piensa como una realidad amplia no limitada de manera nacionalista: ¿no debemos ser cuidadosos? ¿Cómo podemos fundar la relevancia de algunos fenómenos culturales y no de otros? Si nuestros fundamentos culturales ni están asegurados ni pueden valorarse *per se* como buenos: ¿qué se gana entonces con la perspectiva contextual? A esta pregunta todavía no se le ha dado respuesta.

4. CONCLUSIÓN

Al abrir Peter Häberle la ciencia jurídica del contexto, ha puesto a los juristas frente a poderosas preguntas, incluso nos ha llevado al abismo. Al mismo tiempo su trabajo representa el espíritu indispensable si se quiere afrontar desde la ciencia jurídica y de modo productivo la tarea en espera: «Si se es un poco más optimista que lo que parece ser el observador de la realidad, entonces se puede hacer de esta realidad algo mejor [...] Cuando se mira la realidad solo como es, la hace peor de lo que es. De este modo, en mi opinión, se pierde una de las específicas tareas de lo normativo¹⁸². Pero, por ahora, mejor dejemos al margen la motivación que debe tener todo jurista en contexto (y no solo el jurista); llegados a este punto, nos vale con apuntar, sin describirla en detalle, la ética de Peter Häberle.

Resumen

Este texto quiere rendir homenaje al profesor Häberle por su 80 cumpleaños. Para ello formula dos grandes preguntas. Primero, qué ha dado Häberle a la ciencia jurídica, en especial,

180 Cfr: HÄBERLE, *VLKW2*, p. 173; así como a la luz de su propia comprensión del concepto de interés común, «Recensión a Stolleis, Gemeinwohlformeln», en *VÖP3*, p. 560 «Nada de esto es un alegato en favor de una aclaración de la historia, para dar sentido a condiciones previas al acontecer histórico [...] o fallidas teorías de homenaje [...], sino un esfuerzo lleno de brío y de sentido, en el marco de lo que es posible al jurista».

181 Cfr: con distintos matices HÄBERLE, *VLKW2*, P. 152 y ss., 157, 161, 175 (sobre la historia de desarrollo del Estado constitucional, así como *op. cit.* pp. 352, 355 y ss., 359, 361 (sobre el optimismo (constitucional) de un pensamiento en crecimiento).

182 En reacción a una acotación de Herzog, HÄBERLE, *VVDStRL* 30 (1972), p. 149.

a la ciencia jurídica alemana. Y, en segundo lugar, qué pueden ofrecer los textos de Häberle a la siguiente generación de juristas.

Palabras clave: Peter Häberle – teoría constitucional

Abstract

This essay has been written in honor of professor Häberle, in his 80th birthday. Therefore, the paper approaches two questions. First, what has Häberle given to the science of law, for all to the German science. And second, what can Professor Häberle's work offer to the next generation of lawyers.

Keywords: Peter Häberle – constitutional theory

Recibido: 8 de enero de 2016
Aceptado: 8 de enero de 2016



Textos clásicos





IGUALDAD Y JUSTICIA EN EL ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA (Y II)*

CARLO ESPOSITO

SUMARIO:

1. La igualdad específicamente reconocida en el texto constitucional.
2. La irrelevancia de las distinciones personales y la prohibición de leyes personales.
3. Excepciones a la prohibición de las leyes personales.
4. Delimitación de la prohibición de leyes personales.
5. La igual dignidad social del ciudadano.
6. La satisfacción de las necesidades esenciales del ciudadano. Los principios sociales del artículo 3 y otras normas sociales de la Constitución.

1. LA IGUALDAD ESPECÍFICAMENTE RECONOCIDA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

1.1. *La irrelevancia del sexo*

El nuevo texto constitucional italiano, al igual que otras proclamaciones contemporáneas¹, dispone que los ciudadanos son iguales ante la ley, pero también esta-

* Traducido del italiano por Miguel Azpitarte Sánchez

1 Véase la Constitución de U.R.S.S., art. 123, «La igualdad de los ciudadanos de la U.R.S.S. es irrevocable, independientemente de su nacionalidad y raza, en todos los campos de la vida económica, estatal, cultural, política y social. Cualquier limitación directa o indirecta de derechos, o cualquier atribución de privilegios directos o indirectos al ciudadano según la raza o la nacionalidad a la cual pertenecen, así como cualquier propaganda de exclusión, odio o desprecio racial o nacional serán sancionados por la ley»; la Constitución Yugoslava de 1946, art. 21: «Todos los ciudadanos de la República [...] son iguales ante la ley e iguales en derechos sin distinción de nacionalidad, raza o confesión»; Constitución albanesa de 1946, art. 13: «Todos los ciudadanos sin distinción de nacionalidad, raza y religión son iguales»; Constitución búlgara de 1947, art. 71: «No se admite ningún privilegio fundado en la nacionalidad, el origen, la religión o el patrimonio»; Constitución húngara de 1949, art. 49, II: «La ley sanciona severamente cualquier distinción atinente a un prejuicio referido al sexo, la diferencia de confesión religiosa o la nacionalidad»; Carta de la libertad de Polonia de 1947: «El Parlamento polaco declara solemnemente [...] 1.º la igualdad ante la ley sin consideración de raza, religión, sexo, dependencia, función o actitud»; Constitución rumana de 1948, art. 16: «Todos los ciudadanos sin distinción de sexo, de nacionalidad, de raza, de religión y de nivel cultural son iguales ante la ley». Véase

blece la irrelevancia en la ley de las distinciones basadas en el sexo², la raza, la lengua, la religión³, las opiniones políticas y las condiciones personales y sociales.

por otro lado la Ley Fundamental alemana de 1949, art. 3: «Nadie debe ser perjudicado o beneficiado por razón de su sexo, de su ascendencia, de su raza, de su lengua, de su nacionalidad, de su origen, de su creencia o de sus opiniones religiosas o políticas». Aunque ya antes se podían encontrar disposiciones similares en algunas Constituciones. Pero se ha de advertir que en muchas de estas Constituciones solo se han excluido los privilegios fundados en características cualitativas, por ello, surgen dudas cuando un trato concreto genera un privilegio. Con casi toda probabilidad la respuesta debe ser diversa si existe solo una prohibición de privilegio (entonces tendrá que propugnarse una interpretación técnica, en el sentido de que se prohíba sustraer esas categorías a la ley –véase más arriba, nota 29) o si se ha establecido que tales categorías no puedan ni perjudicar ni beneficiar en virtud de la ley (caso en el que la disposición tendrá el significado sustancial de prohibir una regulación materialmente más favorable o desfavorable para las categorías indicadas). Por tanto, las consecuencias serán diversas a las derivadas de la disposición contenida en la Constitución italiana (o en otras similares) en la cual se ha establecido que el sexo, la raza, la lengua, la religión, las opiniones políticas o las condiciones sociales o personales no pueden tener relevancia en la ley. Para dar un ejemplo práctico: en la enmienda XIV de la Constitución americana se dispone que «Ningún Estado podrá hacer o adoptar leyes que restrinjan los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos». Esta disposición se ha entendido en el sentido de que se prohíbe que el tratamiento especial derivado de alguna categoría cause daño, pero no excluye la diferenciación formal (por ejemplo de los negros) si se evita que padezcan daños sustanciales. La fórmula utilizada en la Constitución italiana, proclamando de manera absoluta la irrelevancia de la ley en la Constitución italiana, no hubiera permitido una interpretación de este tipo.

2 Sobre este punto ha de recordarse que en Italia, la Ley de 17 de julio de 1919, núm. 1176 ya había producido cambios significativos a favor de la igualdad de sexos. Para referencias adicionales nos remitimos a los correspondientes manuales de derecho público y privado

3 Respecto a la legislación anterior véase la Ley de 18 de junio de 1848, núm. 735: «La diferencia de culto no concede excepciones al goce de los derechos civiles y políticos, ni a las cargas civiles y militares» (reproducido en la Ley de 24 de junio de 1929, núm. 1159, art. 4). Véase también la Ley de 7 de julio de 1890 núm. 6972, art. 78. Dados esos precedentes y para evitar equívocos, se quiso dejar a un lado la fórmula «sin distinción de religión» (Asamblea Constituyente, p. 2421) sustituyéndola por la de «sin distinción de opinión religiosa» (que fue introducida por el comité de redacción, modificando las palabras aprobadas en la subcomisión, p. 40), no parece que la disposición se pueda interpretar correctamente en el sentido de que se sancione de manera específica también la irrelevancia de la negación de toda religión, y, por tanto, de quien profesa el ateísmo, y que una ley que diferenciase directamente o diese la posibilidad de diferenciar a los ateos sería en rigor inconstitucional al contradecir el artículo 3 de la Constitución. Además, sería inadmisibles, por ser contrario al art. 21 de la Constitución, que se impidiese a los ateos manifestar su pensamiento, difundirlo o educar a sus hijos según sus convicciones (el art. 80 reconoce solemnemente el derecho de los padres de educar a sus hijos). Sobre la cuestión véase BIGIAMI, *Ateismo ed educazione della prole*, 1951 (que además ofrece una revisión crítica de las

En consecuencia, será inconstitucional toda ley que use alguna de esas cualidades como elemento o condición de su aplicación o vigencia, que pretenda distinguir a los ciudadanos en virtud de tales caracteres, o anudar sus consecuencias, por ejemplo, solo a las mujeres, los hombres, las personas pertenecientes a una raza o cualquier condición de este tipo⁴. Sin embargo, lo que resultaría excesivo, inoportuno e incluso irracional a la luz de la disposición que prohíbe a la ley distinguir entre hombres y mujeres, ciudadanos que hablan una u otra lengua, o que persiguen uno u otro credo político, es matizado mediante las reglas concretas de la Constitución que reconocen la relevancia del sexo, sea en el título referido a las relaciones ético-sociales, sea en el título de las relaciones económicas⁵, da importancia a la diversidad

distintas opiniones que han afrontado este problema). El autor citado funda la solución en la interpretación del art. 8, que si bien no es del todo convincente, en tanto que no parece traer a colación las consecuencias de los artículos 21 y 30 de la Constitución. Para este último artículo y su significado véase nuestro escrito *Famiglia e figli della nuova Costituzione*, en esta colección.

4 La irrelevancia en la ley de las distinciones indicadas, implica (mediante una interpretación extensiva antes que analógica) que tales distinciones tampoco pueden ser tenidas en cuenta en otros actos jurídicos, salvo que la Constitución lo admita expresamente. Así, por ejemplo, es obvio que la disposición que declara irrelevantes para la ley las condiciones personales, mientras que excluye las leyes singulares (véase infra p. 53 y ss.) no impide, por el contrario, los actos administrativos y jurisdiccionales singulares, porque en nuestra Constitución lo propio es que los actos administrativos y jurisdiccionales sean singulares. La disposición relativa a la irrelevancia de las distinciones previstas en la ley, no parece, sin embargo, que pueda dar algún argumento para sostener que los actos entre particulares tampoco deben tomar en consideración tales distinciones; bien al contrario, pues el establecimiento de la irrelevancia por ley —que son actos de autoridad— debería excluir la posibilidad de extender la prohibición a los actos de particulares. Incluso normas de la Constitución más específicas, como la que garantiza la libertad de pensamiento y de fe religiosa, en cuanto que según la mejor doctrina no están destinadas a proteger a los particulares frente al Estado, ofrecería algún argumento para excluir también a los particulares, en especial en el ejercicio de la actividad económica.

5 A diferencia de otras Constituciones no se declara la irrelevancia del sexo, sino simplemente que las mujeres «tienen derechos iguales a los del hombre» ya sea en general o en campos concretos (véase el Preámbulo de la nueva Constitución francesa, el art. 122 de la Constitución de la U.R.S.S. y siguiendo este modelo la mayor parte de las llamadas Repúblicas populares del Este de Europa. En tales casos, al margen de las normas constitucionales que permiten un tratamiento diferenciado de las mujeres en supuestos concretos (como ocurre en Italia) o de las argumentaciones habituales que defienden la paridad de sexos, no puede ir más allá de los límites que fija la naturaleza, por lo que justificaría la excepción de la mujer frente a ciertos deberes que sí se imponen a los hombres. Para un mandato expreso de paridad de deberes antes que de derechos véase la Constitución de Weimar, art. 109 y (en general) la Ley Fundamental alemana, art. 3.3 (también el 2). Para estos problemas véase v. BETIZKE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, 1950, p. 9 y ss.

de las lenguas en el artículo 6, a la diversidad de las religiones en el artículo 7 y siguientes, así como el 19, y a la diversidad de las opiniones políticas en los artículos 18, 49, 54 y XII de las disposiciones transitorias y finales.

A este respecto, ayuda el estudio analítico de la disposición del artículo 29 de la Constitución —«El matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos en la ley y la garantía de la unidad familiar»—, que excluye, también hoy, la inconstitucionalidad del artículo 144 del Código Civil, según el cual «La mujer asume el apellido del marido y está obligada a acompañarlo allí donde él cree que se ha de establecer la residencia»; salvándose también la inconstitucionalidad de los artículos 559 y 560 del Código Penal, que partiendo de la particular gravedad que conlleva la traición de la mujer, las castiga por el simple adulterio, y al marido en cambio por el concubinato. De manera similar, hoy tampoco han de considerarse inconstitucionales el artículo diez de la Ley de 13 de junio de 1912, núm. 555, que estipula que «La mujer casada no puede asumir una nacionalidad distinta a la del marido»⁶ o los artículos 89 y 140 relativos al luto de viudedad⁷.

Siempre en el mismo orden de consideraciones, el artículo 37, reconociendo la función esencial de la mujer en la familia, y admitiendo que, en principio, el rendimiento del trabajo de la mujer (en cuanto tal) puede ser diverso del hombre (dado que se precisa que solo a la luz del mismo trabajo les corresponda igual salario)⁸ abre la vía para distinguir trabajos compatibles con la función familiar de la

6 Véase por otro lado la continuación de las disposiciones de ese artículo. El problema de la compatibilidad de las disposiciones singulares con el reconocimiento de la paridad de sexos fue planteado en la Conferencia de la Haya de 1930.

7 Por el contrario pueden surgir dudas fundadas sobre la compatibilidad con la declaración constitucional de las disposiciones generales contenidas en el art. 84 del Código Civil y en los art. 522 y 531 del Código Penal.

8 Véase el art. 37: «La mujer trabajadora tiene los mismos derechos e igualdad laboral, y la misma retribución que los trabajadores». Se ha de advertir que encontramos para los menores la misma redacción en el apartado 4 de ese artículo. Incluso en las recientes Constituciones democráticas populares, en las cuáles hubiera sido descabellado proponer una fórmula similar a la de la Constitución italiana, sin embargo, el resultado de la interpretación es idéntico a la que tenemos en nuestro ordenamiento (véase para la Constitución albanesa, art. 15.2; para la Constitución de la República democrática alemana, artículo 18 apartados 5 y 6; art. 72 de la Constitución búlgara; art. 50.2 de la Constitución húngara; y art. 21 de la Constitución rumana; se ha de reconocer que la fórmula expresa una admisión involuntaria del prejuicio tradicional de que la diversidad del sexo puede influir (y en principio influye) sobre el rendimiento del trabajo. Sin embargo, carece de equívocidad la fórmula de la vigente Constitución

mujer (en los que puede ser admitida) de trabajos incompatibles (como por ejemplo el servicio militar) de los que la mujer quedaría al margen; y también habría de distinguirse (de entre los trabajos compatibles con la función familiar) aquellos en los que el rendimiento de la mujer es menor, por lo que podría ser excluida. En correspondencia, la misma disposición del artículo 51 —«Todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder a los cargos públicos o a los cargos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos en la ley»—, solo veda la exclusión de carácter general de las mujeres en los empleos públicos, pero no veda que se establezcan en leyes concretas requisitos especiales para el acceso a determinados cargos, en los que la pertenencia al sexo masculino (o femenino) sea esencial⁹.

1.2. *La irrelevancia de la raza*

La irrelevancia de la raza en la ley no está mitigada por ninguna regla constitucional. Sin embargo, esto no excluye la constitucionalidad de las leyes que restituyeron la igualdad de los judíos o que abolieron los perjuicios instituidos a partir de 1938¹⁰; estas leyes querían anular, antes que derogar, las consecuencias de aquellas disposiciones, fruto del odio, adoptadas contra el patrimonio de los judíos¹¹, nin-

de la URSS, art. 122, o la adoptada por la Declaración de derechos del hombre de la ONU, art. 28.2: «Todos tienen derecho, sin discriminación alguna, a un salario igual para un trabajo igual».

9 La cuestión resurgió al aprobarse en la Asamblea Constituyente el artículo 51, que inicialmente previó que todos los ciudadanos de ambos sexos podrían acceder a los cargos públicos «conforme a su aptitud y facultades» y en la aprobación el art. 98 del proyecto que admitía a las mujeres en el Poder Judicial solo «en los casos en los que el ordenamiento judicial lo consintiese». El hecho de que ambas redacciones, que explícitamente determinaban limitaciones por razón de sexo, fuesen eliminadas (para una información detallada, véase en FALCONE, Palermo, CONSENTINO, *La Constitución de la nueva República italiana*, en nota a los artículos 51 y 106), no excluye que en el sistema de nuestra Constitución, según los motivos ya señalados en este ensayo, el sexo sea valorable entre los requisitos particulares para la admisión de cada cargo. Muchos autores sostienen una posición en sentido contrario, entre los más recientes, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1952, p. 472.

10 Para conocer esas disposiciones anti-judías véase en especial RDL de 5 de septiembre de 1938 n. 1390, que contiene medidas para la defensa de la raza en la escuela fascista, T.U. 15 de diciembre de 1938, n. 1779; RDL de 17 de noviembre de noviembre, n. 1728, que también contiene medidas para la defensa de la raza y el RDL de 13 de julio de 1939 n. 1024 con normas integrativas; Ley de 29 de junio de 1939, n. 1054 sobre el ejercicio de profesiones por parte de los ciudadanos de raza judía; y Ley de 13 de julio de 1939 n. 1655 en materia de testamentos, nombres, etc.

11 Véase en general el RDL de 20 enero de 1944 n. 25 sobre la restitución de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos italianos y extranjeros de raza judía; DLL de 19 de octubre de 1944

guna de las cuales ha podido ser confirmada o justificada «a posteriori» (además, muchas de ellas habían perdido sus efectos cuando entró en vigor la Constitución). Quizá exista alguna duda respecto a disposiciones esporádicas¹² que, con el fin de reparar los daños causados por las leyes antijudías, han creado situaciones de privilegio, que todavía permanecen, en favor de algunos judíos frente al resto de ciudadanos (incluidos otros judíos). La particularidad de la situación de favor y su fin (que no consiste en favorecer a los judíos frente a los otros ciudadanos, sino en compensar a personas determinadas o determinables por las desventajas padecidas como judíos) daría argumentos a favor de la tesis que sostiene que no hay oposición posible frente a estas leyes tras la entrada en vigor de la Constitución. No obstante, es innegable que el camino elegido para estas compensaciones, esto es, dar a esos ciudadanos específicamente identificados, una situación jurídica diversa a los otros¹³, genera una cierta perplejidad, en tanto que la nueva Constitución no admite que se dicten (y que se mantengan) disposiciones legislativas personales.

1.3. *La irrelevancia de la lengua*

La imposibilidad de distinguir a los ciudadanos por su lengua podría dar lugar a dos interpretaciones: que en Italia se ha dado paridad a todas las lenguas (de manera que no se privilegia la lengua italiana, propia de casi todos los italianos) o bien que, admitiéndose solo una lengua en Italia, no se atribuye mediante ley importancia alguna al hecho de que algunos ciudadanos hablen otra lengua. La primera de las interpretaciones, además de ser inadmisibile bajo el perfil de la oportunidad, es desmentida por la propia Constitución, formulada en lengua italiana, y contradicha por el artículo 6 del texto constitucional según el cual «La República tutela con las normas necesarias a las minorías lingüísticas». El presupuesto de esta regla es que solo existe una lengua admitida en Italia y que la diversidad de lenguas de los ciudadanos en principio no tiene en la ley relevancia ni positiva ni negativa.

con normas complementarias y el DLL de 5 de octubre de 1944 n. 252 para la entrada en vigor del RDL 20 de enero de 1944 n. 26, para la reintegración del derecho patrimonial y el DLL de 12 de abril de 1945 n. 222 con normas complementarias; DLL de 5 de mayo de 1946 n. 893 para la reivindicación de bienes confiscados.

12 Véase en especial el DLL de 5 de abril de 1945 n. 238, art. 19; L. 19 de mayo de 1950, n. 355, art. 3.

13 De modo que las disposiciones legislativas en favor de esas personas, al margen de las expresiones, serían colectivas, pero no generales o abstractas. Véase por otro lado sobre este grave problema lo dicho en términos generales en el epígrafe 16.

Solo cuando un grupo de ciudadanos que hablan una lengua distinta a la italiana, por número y cantidad alcancen la característica de «minoría lingüística», se prevé la aprobación de una ley de tutela de la minoría. De este modo, la diversidad de la lengua (en contra del principio formulado en el artículo 3) ganará carácter positivo en la ley.

1.4. *La irrelevancia de la religión. Sus límites*

Lo dicho para la lengua vale en parte para la religión. En este caso, que la religión sea irrelevante normativamente no significa que Italia tenga una religión o que la diversidad de fe carezca de importancia para no perjudicar la confesionalidad del Estado. En verdad, la declaración de principio es limitada por posteriores disposiciones constitucionales: el artículo 7 que da una posición especial a la Iglesia Católica (y con ella a los católicos), el artículo 8 que admite que se dé una posición particular a las confesiones y que su relación sea regulada a partir de acuerdos con sus representantes (y por tanto a los que pertenecen a esas confesiones)¹⁴; y quizá también el artículo 19 que implícitamente establece límites particulares a los que quieran practicar religiones con ritos contrarios a las buenas costumbres, impidiendo la celebración de tales ritos.

1.5. *La irrelevancia de las opiniones políticas. Sus límites*

Más delicadas son las cuestiones interpretativas que surgen a propósito de la declaración que niega relevancia jurídica a las opiniones políticas. En este sentido, el artículo 19 de nuestra Constitución prohíbe las asociaciones que persiguen, aunque sea indirectamente, fines políticos mediante organizaciones de carácter militar; y los artículos 49 y XII estipulan límites generales y concretos a la actividad y a la posibilidad de existencia de algunos partidos¹⁵. Estas disposiciones, pese a que se refieren directamente a asociaciones y partidos, permiten también adoptar medidas contra

14 En sustancia, según la argumentación del texto, al margen de lo dispuesto en los Pactos de Letrán a los que reenvía el art. 7 de la Constitución y al margen también de lo que puedan disponer las leyes relativas a cada una de las confesiones religiosas previstas en el art. 18, simplemente el hecho de que se declaren admisibles materias especiales de la Iglesia (y de los católicos italianos cuya Iglesia se sustancia en Italia) y leyes singulares relativas a otras confesiones (y a los ciudadanos creyentes que la componen), deroga o mitiga el principio solemnemente declarado en el art. 3, por el cual las distinciones de religión deben ser irrelevantes para el legislador.

15 Sobre esto véase nuestro escrito *I partiti nella Costituzione italiana*.

los particulares cuyas ideas políticas (y prácticas)¹⁶ se traducen en actos de creación de asociaciones y partidos. Del mismo modo, otras disposiciones de la Constitución, como la relativa al rechazo a la guerra¹⁷, o las que proclaman la indivisibilidad del Estado italiano, justificarían las condenas de aquellos que sostienen ideas belicistas o separatistas, precisamente porque la Constitución formula y condena principios abstractos. Así, mientras que la regulación de una actividad solo puede ser trasgredida con actuaciones, la formulación de un principio entraría en contradicción con la propaganda de principios contrarios.

Pero, sobre todo, la declaración de que las opiniones de los ciudadanos carecen de relevancia en la ley, se topa con límites específicos en el artículo 54 de la Constitución. Este precepto dispone que «Todos los ciudadanos tiene el deber de guardar fidelidad a la República» y que «Los ciudadanos que cumplen funciones públicas tienen el deber de atenderlas con disciplina y honor, prestando juramento en los casos establecidos en la ley». La primera disposición implica la necesidad o por lo menos la posibilidad de medidas particulares contra los ciudadanos que manifiestan opiniones políticas incompatibles con el vínculo de fidelidad a Italia y justifica un trato diferenciado de esos ciudadanos; la segunda disposición, que prevé un juramento expreso que consagra un vínculo particular de devoción al Estado por parte de los ciudadanos encargados de funciones y atribuciones públicas especialmente delicadas, permite excluir el ejercicio del cargo que precisa el juramento a esos ciudadanos que tengan una fe o una ideología incompatible con un vínculo de plena y absoluta devoción personal con el Estado, tal y como se expresa en el juramento. En definitiva, el artículo 3 (también el 49 y el 51) tan solo prohíben de manera absoluta la exigencia de una adhesión positiva a un credo político determinado o la inscripción en un partido para acceder a un cargo público.

1.6. *La irrelevancia de las condiciones sociales*

La declaración de que en Italia las condiciones sociales carecen de importancia tiene un significado eminentemente polémico e históricamente condicionado.

16 A tenor del art. 21 sobre la libertad de pensamiento y de expresión del pensamiento, podría deducirse la inconstitucionalidad de las leyes que vetan la propaganda a favor de partidos prohibidos (o la exposición de pensamientos políticos ligados a estos partidos).

17 Véase la Constitución italiana, art. 11. El propio texto de la Constitución (Italia repudia la guerra —no solo renuncia a ella) invita al legislador a condenar a aquellos que están a favor de doctrinas belicistas, dando así relevancia a las opiniones políticas de los ciudadanos. Sobre esta consecuencia de la declaración pacifista del texto constitucional v. MIRKINE-GUETZEVITCH, «Droit international et droit constitutionnel», *Recueil de Cours*. 1931, IV, p. 429 y ss. Y los escritos de PELLA ya citados.

En primer lugar ha de observarse que la declaración de irrelevancia de las distinciones sociales no excluye la propia existencia de tales distinciones, ni convierte en falsa la afirmación hoy corriente de que los ciudadanos socialmente distintos constituyen clases y que estas clases, según un lugar común, son la clase burguesa y la proletaria. Nuestro texto constitucional, de modo taxativo, solo impide a la ley dar relevancia jurídica a las diferencias sociales, consolidándolas o reforzándolas, del mismo modo que las disposiciones relativas al sexo, a las opiniones políticas o a la fe religiosa, sin negar la existencia de estas distinciones, excluye, sin embargo, su relevancia jurídica.

Al negar tal irrelevancia, la Constitución lleva a sus últimas consecuencias la idea de partida de que las diferencias entre ciudadanos son superables y que entre ellos existe una unidad y armonía fundamental, de manera que las leyes han de cimentar esa unidad al margen de las innegables singularidades. En consecuencia, el ordenamiento italiano contrasta con aquellos ordenamientos que separan a burgueses y proletarios, y en general a las distintas clases, instaurando o consolidando legalmente el poder y las situaciones de ventaja adquiridas por unos y otros¹⁸. Reglas de este tipo son inadmisibles en Italia.

El contraste entre nuestra Constitución y la de los países que utilizan el principio de clase, traen a la luz el significado de muchas de las normas de nuestro texto constitucional relativas a los trabajadores, los indigentes, las personas con discapacidad para el trabajo, los empresarios, los usuarios, los agricultores o los ahorradores. Si estas disposiciones diesen relevancia jurídica a las distinciones sociales o de clase, supondría la victoria de una clase social frente a otra. Sin embargo, estas reglas de nuestro texto constitucional constituyen simplemente disposiciones generales referentes a individuos y suma de individuos cualificados según su actividad e (inactividad) económica. Tienen únicamente el fin de lograr un mejor desarrollo de la vida

18 Véanse los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución de la URSS; el preámbulo y los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Constitución húngara, el art. 2 de la Constitución rumana. En cualquier Constitución de democracia popular se encuentra proclamado formalmente que «las situaciones sociales no otorgan privilegios» (Albania, art. 12), o incluso que el origen social no tiene relevancia política (Bulgaria, art. 3). Pero el sustrato de clase es idéntico. Se debe recordar que en la Subcomisión de nuestra Asamblea constituyente, en la que era ponente Basso-La Pira, se propuso aprobar que «los hombres, dejando a un lado su diversidad de actitudes, de sexo, raza y clase, de opinión política y de religión, son iguales ante la ley y tienen derecho a un tratamiento social igual (Subcomisión, p. 31), de manera que la exclusión de la clase como dato relevante, fue aprobada en esa Subcomisión (p. 39), y que sería en la Asamblea Constituyente, a propuesta de Laconi, Moro y otros, cuando se adoptó sin discusión la fórmula más amplia que se recoge hoy en nuestro texto constitucional (véase Ass. Cost, p. 2424).

nacional y una mejor satisfacción de los intereses de todos los que pertenecen al Estado y no con fines clasistas.

2. LA IRRELEVANCIA DE LAS DISTINCIONES PERSONALES Y LA PROHIBICIÓN DE LEYES PERSONALES

Finalmente, ¿qué quiere decir el texto constitucional cuando declara que las distinciones personales no tienen relevancia en la ley?

De acuerdo con lo dicho en los epígrafes anteriores, sería irracional considerar que la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos significa que no se ha de distinguir una situación subjetiva de otra, y, por tanto, ligar a situaciones de hecho distintas, consecuencias diferentes¹⁹. En la misma línea, la disposición que declara que la ley no debe dar relevancia a la distinción de situaciones personales, conduciría a una interpretación irracional si se sostuviese que no se han de deducir consecuencias diversas de situaciones diversas. Por lo demás, de los propios términos literales se colige que esta interpretación sería inexacta puesto que no puede considerarse personal o característico de cada persona cualquier situación jurídica subjetiva, sino solo la que sea exclusivamente propia de un sujeto, y, por lo tanto, personal.

En verdad, el precepto que prohíbe tomar en cuenta situaciones personales significa que la ley no debe conceder relevancia a situaciones completamente individualizadas o singularizadas, dando lugar a leyes personales, disciplinando nominativamente al ciudadano particular en vez de regular hechos abstractos y generales²⁰. En este sentido, están

19 Sobre este punto, véase más arriba, epígrafe 4.

20 Esa prohibición de aprobar leyes personales es esencial para la existencia de una legalidad efectiva y no meramente formal, en la que el despotismo del Príncipe no sea sustituido por el despotismo de las Cámaras; la citada expresión se expresa con claridad, en lo relativo a las leyes favorables, en muchas Constituciones de los Estados Unidos de América (véase Tennessee, Xi; Arkansas, II, 12; Delaware, I, 10; Ohio, I, 18; Texas, I, 28) con palabras de este tenor: «El legislativo no podrá suspender leyes generales para beneficiar a un individuo particular». De modo más específico, la prohibición de leyes individuales que limiten los derechos reconocidos en la Constitución ha encontrado, en los textos más recientes, una formulación cristalina en la Ley Fundamental de la República Federal alemana (art. 19): «Cuando, de acuerdo con esta Ley Fundamental, un derecho puede ser limitado por una ley o en base a una ley, la ley debe ser general y no puede regir solo para un caso singular». Se ha de observar que, en nuestra Constitución, el añadido relativo a la inadmisibilidad de las leyes personales, se dispuso en el artículo 3 del Comité de Redacción, inspirándose en las Constituciones extranjeras, pero con inconsciencia absoluta de sus consecuencias, como han explicado FALZONE, PALERMO y COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, en nota al art. 3. Para explicar el concepto, ese Comité consideró como ejemplo que la ceguera no puede ser motivo de minusvaloración, al igual que tampoco puede serlo el sexo, la raza, etc. Aunque

prohibidas las leyes de gracia²¹, las leyes que imponen condena sin juicio previo²², los privilegios, la exenciones o beneficios fiscales, y en general las leyes de caso concreto²³, que sustituirían a las leyes abstractas, dejando las personas afectadas al albur de las «órdenes» y «mandatos» legislativos, por tanto, sometidos directamente a la voluntad de los órganos legislativos, en vez de a la disciplina objetiva e impersonal del derecho²⁴.

Establecer este límite al poder o, mejor dicho, al exceso de poder de la ley ordinaria se acomoda a los principios de cualquier país con Constitución rígida, donde se niega en términos generales la omnipotencia del legislador (límite que podría ser inadecuado en un régimen de Constitución flexible donde la ley ordinaria constituye la fuente jurídica suprema)²⁵.

en este supuesto, como en muchos otros, la ley ha resultado mucho más sabia que el legislador... e incluso mucho más sabia que cualquier intérprete. Pueden leerse en este sentido las observaciones polémicas de TESAURO, en *Rassegna di diritto pubblico*, VII, 1952, p. 242, 247 y ss. contra nuestras afirmaciones recogidas en el texto *Le legge sulla riforma agraria* (reimpreso en esta colección, p. 181 y ss.). En ese texto de TESAURO se observa la tranquilidad con la que ignora la historia del problema, del desarrollo de la doctrina y de la legislación comparada, y mediante qué confusiones inimaginables de conceptos e ideas afirma que la Constitución italiana no impone límites a la aprobación de leyes (ordinarias) individuales o personales.

21 Ha de hacerse notar, por otro lado, que en nuestro ordenamiento son inadmisibles las leyes de gracia, mientras que se admiten los decretos de gracia del Presidente de la República (art. 87). De este modo, tales leyes chocarían contra el principio de impersonalidad de la ley, pero también contra la competencia atribuida del Presidente de la República.

22 Para una condena reciente a partir del «Bill of Attainder», si bien solo desde la perspectiva de la retroactividad, v. BETTI, *Rivista del diritto commerciale*, XLIV, 1946, I, p. 34 y ss.

23 La prohibición de las leyes personales ofrecería argumentos frente a la ley retroactiva, puesto que en su parte retroactiva, se refiere en definitiva a casos singulares y numerables. El hecho además de que nuestra Constitución excluya expresamente las leyes penales retroactivas quizá ofrezca un argumento insuperable a la idea de que nuestra Constitución, al vedar las leyes personales, prohíbe en general las leyes retroactivas. Véase también a este respecto la nota siguiente.

24 En atención a la prohibición, importa tener en cuenta si la resolución personal se ha expresado en una fórmula general, o si en sede de interpretación resulta que la resolución, que de acuerdo con su literalidad era general, sin embargo, es sustancialmente individual. En verdad, la voluntad de la ley no radica en su apariencia, sino en su sustancia. ¿Debe recordarse que el problema de las leyes aparentemente generales, y el tratamiento al que son sometidas, tienen una larga historia, sobre la que se han realizado profundas investigaciones? ¿Es necesario recordar que el tema ha recobrado actualidad en Italia, una vez aprobada la Constitución, porque a menudo (y cada vez con su correspondiente crítica) el Senado y la Cámara de Diputados (y en especial la Comisión legislativa del Senado y de la Cámara) bajo la apariencia de leyes generales aprueban leyes personales a favor o contra determinados ciudadanos (que también podrían ser senadores y diputados particulares)?

25 En ese régimen, entre otras cosas, la prohibición de leyes personales ordinaria sería insuperable (v. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, 1934, p. 173 y ss.) mientras que puede haber casos en los

Respecto al ordenamiento italiano, la prohibición no solo se establece en el artículo 3 que ahora estamos comentando, sino que igualmente se confirma en numerosas disposiciones, las cuales reservan a la ley ordinaria la regulación de los derechos y las situaciones jurídicas garantizadas por la Constitución. En tales preceptos se permite a la ley ordinaria indicar tan solo las garantías relativas a las actuaciones individuales referidas a cada derecho. De este modo, el artículo 13 de la Constitución dispone que la libertad personal puede ser limitada «solo en los casos y con las condiciones previstas en la ley» y que la «ley establece los límites máximos a la prisión provisional»; el artículo 14 limita la inviolabilidad del domicilio «solo en los casos y modos establecidos en la ley»; el artículo 16 que la libertad de circulación está garantizada «salvo por las limitaciones establecidas en la ley»; y así ocurre con todos los artículos sobre derechos y deberes del ciudadano hasta el artículo 23 que establece en términos generales que ninguna prestación personal o patrimonial puede imponerse si no es «en base» a la ley, y el artículo 42 que confía a la ley «garantizar y reconocer la propiedad privada» (y no subvertirla con leyes individuales) y establece taxativamente que la propiedad puede ser expropiada solo en los casos previstos en la ley.

Estas disposiciones constitucionales, que en ocasiones incluso indican de modo taxativo qué autoridad distinta del legislador ostenta la competencia específica para actuar en el caso concreto²⁶, excluyen, por dos motivos, que el legislador disponga límites a los derechos de manera directa e individual, con leyes personales, referidas a un solo ciudadano. Primero, porque en los artículos de la Constitución se establece textualmente que al legislador le compete disciplinar la materia, pero no realizar actuaciones concretas. En segundo lugar, porque la voluntad de que el legislador discipline las materias referidas a derechos y deberes de los ciudadanos implica la voluntad de que las actuaciones singulares se realicen solo con actos sometidos a la ley ordinaria. Por tanto, con actos judiciales o administrativos sujetos a la ley ordinaria, pero nunca con leyes ordinarias que no están sujetas a la ley... precisamente porque son leyes²⁷.

que sea necesario resolver individualmente. En los regímenes de Constitución rígida se excluye de la prohibición de leyes personales, las leyes de desarrollo constitucional. En Italia, por otro lado, si se prescinde de la ley de desarrollo constitucional singular, que se considera admitida, habría otra válvula de escape, que son los decretos-leyes, v. infra, epígrafe 14.

26 Véase por ejemplo, el art. 13.2 y 3. 14.2, 15.2, 21.3 y 4, etc.

27 Esto es así, al menos en el régimen de Constitución rígida, en el que la Constitución determina la fuerza y la eficacia de la ley ordinaria y cómo la ley posterior deroga a la anterior. En un régimen de Constitución flexible las cosas pueden funcionar de un modo distinto. Sobre este punto se reenvía al libro *La validità delle leggi*, op. cit.

Así las cosas, frente a la tesis que defiende la existencia de una prohibición general de leyes personales o individuales no cabe alegar la circunstancia de que algunas de las disposiciones de nuestro texto constitucional, en vez de presuponer que no puede haber leyes personales, establecen explícitamente que para determinados objetos la ley debe intervenir con normas de carácter general, o en vía general²⁸. En estos casos, sin embargo, la imposición de leyes generales no prohíbe únicamente las leyes individuales y personales, sino también aquellas especiales, excepcionales, temporales, locales o para una parte del territorio. Por esto, la obligación positiva y específica de intervenir con leyes generales añade mucho a la prohibición de estipular leyes individuales o personales. De otra parte, en una Constitución en la que no faltan repeticiones y sobreadundancias, ¿constituirían las prohibiciones específicas prueba decisiva contra la existencia de prohibiciones genéricas?

3. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE LAS LEYES PERSONALES

Bajo una perspectiva sustancial, ha de hacerse notar, sin embargo, que la prohibición general de leyes personales se topa con algunas limitaciones en el propio texto constitucional. Por ejemplo, la disposición transitoria del artículo XII parece consentir leyes personales, pues según ella «[E]n excepción del artículo 48, durante un quinquenio desde la entrada en vigor de la Constitución, mediante ley se establecerán limitaciones temporales al derecho de sufragio activo y pasivo de los jefes responsables del régimen fascista». Pero las excepciones más relevantes las encontramos en los artículos 43 y 77.

Según el primero, «con fines de utilidad general, la ley puede reservar o transferir, mediante expropiación indemnizada, al Estado, a los entes públicos o las asociaciones de trabajadores o usuarios determinadas empresas o categorías de empresas...»²⁹. El segundo dispone que, en caso de necesidad o urgencia, el Gobierno puede adoptar bajo su responsabilidad medidas provisionales. Para este caso, cabría oponer desde un punto de vista meramente formal, que si esos actos han de tener fuerza de ley y deben convertirse en ley, y a la ley se le prohíbe dic-

28 Véase art. 16: «Cada ciudadano puede circular y residir libremente en cualquier parte del territorio salvo con las limitaciones establecidas de manera general por la ley en razón de la salud y la seguridad»; art. 21.5: «La ley puede establecer con normas de carácter general los medios con los que será financiada la prensa periódica»; art. 33.2: «La ley dispone la norma general sobre la instrucción».

29 Sobre la absoluta excepcionalidad de esta ley de expropiación individual, admitida solo en los casos taxativamente considerados en la Constitución, véase nuestro trabajo *Le leggi sulla riforma agraria*.

tar disposiciones singulares, entonces tales medidas tampoco habrían de afectar a una sola persona. Sin embargo, analizando el texto de la Constitución, parece que al prever la emisión de «medidas» en la forma de decretos leyes (y no la mera aprobación de normas), precisamente ha admitido que a través de esa vía sean posibles actuaciones singulares. A su vez, en una perspectiva sustancial se confirma la corrección de esta interpretación textual, pues si se excluyese la posibilidad de dictar decretos-leyes para una sola persona en caso de urgencia y necesidad, no habría posibilidad alguna de adoptar rápidamente medidas singulares inmediatas e imprevistas en la ley vigente. Por lo demás, la circunstancia de que la conversión del decreto-ley es una ley de naturaleza completamente particular, que presupone la preexistencia de una actuación del Gobierno a la que queda vinculada, y que el legislador, desde el punto de vista sustancial, es considerado más un órgano de control y de ratificación que un órgano activo, son argumentos adicionales de carácter colateral en favor de la tesis de que la negativa general a aceptar leyes personales no se extiende a los decretos leyes³⁰.

4. DELIMITACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LEYES PERSONALES

Para terminar, quisiera precisar que la Constitución admite otro tipo de leyes singulares, pero que estas no son una excepción al principio que prohíbe leyes personales o que afectan a ciudadanos concretos. Por ejemplo, las leyes de delegación, de autorización o de aprobación previstas en la Constitución³¹ no son leyes «personales» porque ni disciplinan ni controlan a un ciudadano particular, sino que se dirigen a organismos, órganos o autoridades a los que mediante la delegación se les confiere un poder o autorización. La solución sería distinta si la ley quisiese delegar en ciudadanos particulares poderes públicos (en especial la función legislativa)³², o si mediante aprobaciones o autorizaciones legislativas se quisiese dar a los actos de los ciudadanos particulares una fuerza que de otro modo no tendrían³³.

30 El principio sobre el que se funda la admisión del decreto-ley personal en nuestro ordenamiento y cualquier disposición colateral contenida en la Constitución (véase por ejemplo, art. 13.3, 14.2) debería empujar a sostener la constitucionalidad de las leyes que atribuyen a órganos distintos del Gobierno la potestad para dictar en casos de urgencia o necesidad resoluciones en contradicción con la ley.

31 Constitución italiana, art. 76, 77, 79, 81.

32 Pero esto chocaría también (en manera especialmente precisa) con los artículos 76 y 77 de la Constitución.

33 Y más precisamente si se quisiese dar a tales acto, y a su contenido singular fuerza de ley.

En definitiva, las disposiciones que prevén una disciplina legislativa diferenciada para la organización o la actividad de personas jurídicas privadas o públicas no son por sí mismas excepciones al principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión o de opinión política y social. Este principio, en su conjunto y en sus partes, se refiere solo a los particulares y no a los entes colectivos o a las personas jurídicas³⁴. Por otro lado, la distinción de las personas jurídicas en privadas y públicas (las segundas dotadas de un particular imperio) excluye que el principio de igualdad se refiera a personas jurídicas. En definitiva, la especialidad de los fines y de las razones de creación o de existencia de las personas jurídicas justifica plenamente dictar normas referidas a una sola persona jurídica.

Quien quisiese sostener que la declaración de la igualdad en general y la declaración específica que excluye las normas personales son aplicables también a las personas jurídicas y a los entes colectivos, debería añadir a su conclusión que todo el derecho relativo al Estado y la mayor parte del derecho relativo a los entes públicos es una mera excepción. Sin embargo, la extensión y la importancia de la excepción sería tal que excluiría la validez y la existencia de la propia regla³⁵.

Con todo, no se ha de excluir que mediante la interpretación se alcance un resultado por el cual disposiciones que formalmente disciplinan la organización o la actividad de personas jurídicas concretas, en su contenido sustancial creen normas personales favorables o contraria a ciudadanos concretos. En tales hipótesis, esa interpretación sería contraria a los principios de la Constitución. No porque la prohibición de leyes personales se extienda directamente a las personas jurídicas, sino solo porque esas hipotéticas disposiciones contradirían la prohibición de dictar leyes individuales con eficacia para ciudadanos particulares³⁶.

34 Aunque en un sentido diverso, existen declaraciones de igualdad, referidos a entes colectivos. Por ejemplo, el art. 8: «Todas las confesiones religiosas son igualmente libres ante la ley».

35 Que la disposición relativa a la igualdad se refiera en general también a los entes colectivos y a las personas jurídicas, es una afirmación realizada a menudo por aquellos que le dan a la disposición la interpretación aproximativa e imprecisa de que prohíbe las leyes arbitrarias, injustas, etc., y que, por tanto, se ven obligados a sostener esta tesis inexacta, pese a la claridad del texto constitucional. Sobre este punto véase en un modo puramente ejemplificativo, además de la jurisprudencia americana orientada en ese sentido, el trabajo de LEIBHOLZ, *Die Gleichheit*, op. cit., p. 84 (y en particular las notas 2 y ss., respecto al derecho comparado). En nuestro ordenamiento, entre los más recientes, MORTATI, *Istituzioni*, cit., p. 474.

36 Un problema distinto es el de la extensión de la declaración de igualdad a las personas jurídicas y a los entes colectivos, y la validez para tales entes de las declaraciones singulares de libertad

5. LA IGUAL DIGNIDAD SOCIAL DEL CIUDADANO

La compleja declaración de que «los ciudadanos son iguales ante la ley, sin discriminación de sexo, raza, lengua, religión, opinión política o condiciones sociales y personales» tiene, por tanto, un significado preciso y consecuencias jurídicas claras. Establece la igualdad de los ciudadanos ante el ordenamiento y prohíbe que la ley dé relevancia a ciertas características o situaciones subjetivas del ciudadano. Una ley que entre en contradicción con esas estipulaciones padecerá el vicio de inconstitucionalidad con todas sus consecuencias. En cambio, el citado precepto no establece de ninguna manera que las leyes deban ser justas, razonables o proporcionadas a los méritos de cada ciudadano; sería inadmisibles deducir de la declaración de igualdad que las leyes injustas entran en contradicción con el principio de igualdad. En consecuencia, ningún juez (y mucho menos la Corte Constitucional, a la que corresponde tutelar la Constitución) debería dejar de aplicar las leyes por ese motivo.

Se ha de señalar, no obstante, que, de modo general, en el propio artículo donde se formula el principio de igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, se indican también directrices de principio, para que el Estado se oponga a desigualdades de facto entre los ciudadanos que se consideran inadmisibles. ¿Pero ordenan estas disposiciones que la ley tenga que ser justa en términos generales para el ciudadano³⁷? ¿No se impone en verdad la satisfacción de exigencias de justicia concretas y precisas? Por otro lado, con la imposición de fines y obligaciones sociales al legislador, ¿se han establecido límites a la validez de la ley de tal modo que hasta que no se alcanzase la justicia social, las leyes serían inválidas, con el correspondiente caos y vacío legislativo?

económica y política. Esas cuestiones han de resolverse caso por caso y de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, algo que ya se recoge en algunos textos constitucionales (por ejemplo, la Ley Fundamental de la República federal alemana, art. 19.3).

37 Tal exigencia se recoge en las Constituciones socialistas, como, por ejemplo, la de la Constitución de la URSS, art. 12: 2: «En la URSS se realiza el principio del socialismo: a cada uno según su capacidad, y cada uno según su trabajo»; Constitución albanesa de 1946, art. 22: «Todo ciudadano tiene el derecho de [...] de recibir de la sociedad tanto como el da»; Constitución de la República democrática alemana, art. 19: «La regulación de la vida económica debe ser respetuosa con el principio de la justicia social» (y Constitución de Sajonia, artículos 61-71); Constitución de la República popular húngara, art. 9, IV: «La R.P.H. se esfuerza por realizar el principio del socialismo: a cada uno según su capacidad, a cada uno según su trabajo». Véase, por otro lado, lo que ya disponía la Constitución portuguesa en 1933, art. 29: «La organización económica de la Nación deberá [...] establecer una vida colectiva en la que se logre [...] la justicia entre ciudadanos».

En el texto constitucional existen dos declaraciones de carácter general que hemos de tomar en consideración: «[T]odos los ciudadanos tienen igual dignidad social» y «[E]s obligación de la República remover los obstáculos de naturaleza económica y social, que, limitando de facto la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país».

El significado de la disposición sobre la igual dignidad social de los ciudadanos se entiende mejor si se pone en relación con otras disposiciones particulares de la Constitución, como por ejemplo, «[E]l trabajador tiene derecho a una retribución proporcional a la cantidad y calidad de su trabajo y en cualquier caso suficiente para asegurarle a él y a su familia un existencia libre y digna»³⁸. En definitiva, partiendo de la premisa de que la dignidad social de los ciudadanos, que en principio debería ser igual, en realidad está ligada a condiciones y presupuestos materiales, con la citada declaración se impone al Estado el deber de actuar contra situaciones económicas, culturales y morales degradantes, y que justificarían que algunos ciudadanos fuesen tratados de un modo distinto a la generalidad de los ciudadanos. En correspondencia, el texto constitucional no consiente los tratamientos sociales que contradicen el principio de la dignidad igual entre ciudadanos si no existe la premisa material. En conclusión, esta disposición invita al Estado a actuar contra la miseria, la ignorancia, el delito y los otros males que degradan la dignidad del ciudadano³⁹.

38 Y también al ponerse en correlación con las distintas Constituciones, que moviéndose desde distintos presupuestos, concuerdan en la voluntad de defender la dignidad humana. Véase por ejemplo el proyecto de la Constitución francesa de 1946, art. 22 (véase también los artículos 27, 28 y 38); la Ley Fundamental de la República Federal alemana, art. 1 («La dignidad de la persona humana es sagrada»); la Constitución de la República Democrática alemana de 1949, art. 19 («La regulación de la vida económica [...] que debe asegurar a todos una exigencia digna de una persona humana»; la Carta de los Españoles de 1945, Título preliminar («El Estado español afirma [...] el respeto de la dignidad [...] de la persona» y también de la Carta de trabajo, I, 1, III, 1, etc.

39 Por ello, las críticas a la disposición formuladas en la Subcomisión (véase CARISTIA, p. 37, «Mientras la igualdad ante la ley tiene un significado jurídico, no se sabe cómo puede el Estado asumir la tarea de asegurar un tratamiento social igual»), que habían llevado a la supresión de la disposición por parte del Comité de redacción (véase RUINI en *Assemblea Costituente*, p. 2423) y que a menudo son asumidas por la doctrina (véase por ejemplo BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit. p. 310) no parece, sin embargo, que tengan fundamento suficiente. Indiscutiblemente, la proposición tiene un significado meramente programático, pero esto, en referencia a esos límites, no le priva de consecuencias primarias y dobles, como se indica en el texto.

6. LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES ESENCIALES DEL CIUDADANO. LOS PRINCIPIOS SOCIALES DEL ARTÍCULO 3 Y OTRAS NORMAS SOCIALES DE LA CONSTITUCIÓN

Sería un error atribuir un significado clasista o abstractamente igualitario al precepto que declara la obligación de la República de remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación de los trabajadores en la organización política, económica o social del país.

Frente a cualquier interpretación clasista, se ha de recordar que esta disposición se añade a la declaración solemne de que los ciudadanos «son iguales ante la ley sin distinción de condición social» y que esa declaración, excluyendo que las distinciones sociales puedan tener relevancia para el derecho, niega cualquier tipo de clasismo en el ordenamiento⁴⁰. Evidentemente, algo que es declarado con tal solemnidad, no puede ser anulado por la disposición que la sigue de manera inmediata.

Por otra parte, en una Constitución que reconoce el valor de la iniciativa privada y que considera como trabajo toda actividad o función que se desarrolla o concurre al progreso material o espiritual de la sociedad⁴¹, la indicación de que el Estado debe crear situaciones para que todos los trabajadores participen en la organización política, económica y social del país, solo puede entenderse en el sentido de que se quiera proteger especialmente a los que desarrollen una actividad útil para el país, en contraste con los inactivos o los ineptos, pero no en el sentido de que se pretenda establecer una tutela especial de los trabajadores en el sentido vulgar, corriente, político o clasista del término.

Por ello, cuando la Constitución establece que el Estado debe remover los obstáculos que impiden a los trabajadores participar en la vida social del país, no ha pretendido estipular que las actuaciones correspondientes (por ejemplo, lo referido a la formación y el mantenimiento de la familia), estén limitadas solo a los trabajadores asalariados o a aquellos que según las concepciones clasistas serían los verdaderos trabajadores, sino que se realicen a favor de todos los ciudadanos activos que puedan ser útiles. En el mismo sentido, transferir a la colectividad el coste económico del ejercicio de la función política de los particulares⁴² no debería hacerse solo en favor de los trabajadores asalariados. Igualmente, la colectivización de la empresa, la participación en la gestión económica que permite una mayor integración de los

40 Para esa interpretación véase más arriba epígrafe 14.

41 Véanse respectivamente los artículos 41 y 4 de la Constitución.

42 Véanse particularmente los artículos 51 a 69 de la Constitución.

trabajadores en la organización económica del país⁴³, cuando sea oportuna, no se ha de limitar a los que pertenecen únicamente a la clase trabajadora.

Del mismo modo sería inadmisibile cualquier intento de dar una interpretación igualitaria a las disposiciones que se han examinado, como si la Constitución pretendiese generar una igualdad de hecho en las situaciones sociales, políticas y económicas de los ciudadanos⁴⁴.

¿Cómo atribuir ese significado igualitario a una declaración que quiere eliminar todo obstáculo al pleno desarrollo de la personalidad e individualidad de los ciudadanos? Y, más en concreto, la precisión de que las desigualdades deben removerse allí donde impiden la participación social, económica y política de los ciudadanos en la organización del país, nos indica de forma positiva y concreta que solo se quieren remover las desigualdades concretas, ¿o significa en cambio que se quiere establecer una igualdad mortificante entre los ciudadanos o, simplemente, una parificación aritmética, en la que lo que se retira a unos se le da a los otros?

Siguiendo este ejemplo, en la práctica muchas disposiciones que podrían interpretarse como manifestación de una tendencia abstracta a la equiparación de situaciones patrimoniales personales, tienen, en el conjunto de nuestra Constitución, un significado bien diverso. De este modo, las disposiciones relativas a la sucesión hereditaria⁴⁵, o aquellas que están inspiradas en criterios de progresividad del sistema

43 Véanse los artículos 46 y 43, y también 39 y 47 de la Constitución.

44 Incluso en los países de economía socialista, se suele insistir en que esa economía no implica «igualitarismo» y no se opone a una distribución diferenciada de bienes (aunque justa y ordenada, véase a modo de resumen BAYKOV, *Lo sviluppo del sistema económico soviético*, 1952, p. 507 y ss.). En consecuencia, la diferencia entre los sistemas (socialistas y no comunistas y por ello fundados en el principio de «a cada uno según su actividad» y no «según su necesidad») es el recogido en nuestra Constitución; esto no quiere decir que en los primeros se daría una distribución igualitaria que se opondría a nuestro sistema, sino que nuestra Constitución solo pretende eliminar aquello que es «demasiado injusto» y quiere alcanzar «un mínimo de justicia» para la fundamental permanencia de lo útil (o que se considera útil), a saber, la libertad de iniciativa económica, ligada a la propiedad privada y la disponibilidad de los medios de producción. En los otros sistemas, sin embargo, se quiere una distribución de bienes justa y por ello disciplinada al máximo, minimizando la libertad económica. Discutir si la idea base de nuestra Constitución y de la mayoría de los países occidentales puede lograr un mínimo de justicia conviviendo con la libertad económica, y si es exacta la premisa de que esa libertad pueda garantizar la economía de la producción y evitar la instauración de un despotismo económico del Estado, extremadamente peligroso para la permanencia de la libertad civil y política, es algo que supera los límites de este estudio, dirigido tan solo a aclarar, en sí mismo y comparativamente, los conceptos de nuestra Constitución, sin querer valorar la bondad de nuestro sistema constitucional.

45 Véase art. 42.4.

tributario⁴⁶, podrían considerarse por sí mismos indicios de una voluntad dirigida en principio a redistribuir la riqueza o los rendimientos nacionales en un sentido igualitario. En relación con la exigencia de eliminar los obstáculos económicos a la participación de todos los ciudadanos en la vida del país, las disposiciones asumen un significado bien diverso y encuentran en su propio fin el límite de su aplicación⁴⁷. Esto, que vale para la progresividad de los impuestos, o para los límites a la sucesión <<mortis causa>>, serviría igual respecto a los límites a la propiedad inmobiliaria. Las relaciones sociales que se quieren alcanzar en una zona agrícola mediante esos límites no buscan una redistribución de la propiedad agraria⁴⁸ o la nivelación de la propiedad, sino que pretenden que los agricultores de cada región alcancen una posición que les permite participar efectiva y activamente en la vida del país: por ello, no es pensable que una masa de agricultores desocupados, sumidos en la bestialidad y sin capacidad de vivir en sociedad, participar efectivamente en la vida política⁴⁹.

46 Constitución italiana, art. 53.

47 En correspondencia con lo dicho, debe negarse cualquier significado general «de conservación» de las situaciones preconstituidas, en aquellas disposiciones que prevén indemnización por daños generados legítimamente sobre la propiedad privada individual o las propietarios particulares (el caso típico es el de la «expropiación en virtud del interés general» del artículo 42.3. de la Constitución). En nuestro ordenamiento, sería incorrecto deducir, fundados en tales disposiciones, principios de justicia abstracta y una presunta voluntad de la Constitución de repartir con justicia cargas y prestaciones en virtud del interés general entre todos los miembros de la colectividad. En nuestro sistema constitucional, en el que la propiedad privada ya no se reconoce como el derecho «sagrado» del individuo, (véase sobre este punto nuestro comentario al artículo 42 de la Constitución, y el anticipo a ese comentario recogido en el texto *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*), la indemnización a los propietarios individuales por el sacrificio del goce de la propiedad individual es un instituto útil a los fines económicos (en los casos en los que se prevé esa indemnización) que puede justificarse solo en base a consideraciones de oportunidad económica, pero no refiriéndose a principios abstractos de justicia absoluta o comparada. Por eso, cuando la Constitución no impone que la privación de la libertad ha de venir acompañada de una indemnización (véase, por ejemplo, el artículo 44 de la Constitución) no puede realizarse una llamada al artículo 3 sobre la igualdad de los ciudadanos ante la ley o sobre la justicia en la ley, como base textual para la necesidad constitucional de una indemnización. Para una amplia indicación histórico doctrinal de la tradición opuesta, NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, 1940, en especial p. 311 y ss.; COLORNI, *L'eguaglianza come limite della legge*, 1946, p. 48 y ss., 104 y ss., 121 y ss., 144 y ss.

48 Véase por el contrario las Constituciones de la democracia popular (la Constitución albanesa, art. 10; la de Alemania oriental, art. 26; Bulgaria, art. 11; Hungría, art. 7; Checoslovaquia, art. 12).

49 Para las diversas cuestiones aquí tratadas y para un análisis interpretativo más detallado del artículo 44 de la Constitución, véase nuestro escrito *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*.

En estas páginas no se quiere sostener, obviamente, que la fórmula constitucional que se ha explicado, sea adecuada para resolver, en los casos expuestos, todos los problemas que surjan cuando se trata de concretar las reglas de la Constitución sobre las intervenciones económico-sociales del Estado y, en general, de cualquier autoridad. Tampoco se afirma que se haya elaborado con una intención absolutamente clara y consciente de todas sus conclusiones. Por ello sería del todo injustificado olvidar en la interpretación de las reglas concretas, que nuestro texto constitucional ha formulado un principio general delimitando los fines y el contenido de las intervenciones en materia económico-social, y que en ese texto se ha precisado con cierto grado de realismo que no corresponde al Estado ni a ninguna otra autoridad realizar una justicia distributiva absoluta, o una igualdad absoluta de hecho de todos los ciudadanos, sino un mínimo de justicia social sobre todo para aquellos que desarrollan una actividad útil para el país.

Resumen

Este trabajo, publicado inicialmente en 1953, recoge uno de los primeros acercamientos en la doctrina italiana de postguerra al principio de igualdad. Su interés radica en su esfuerzo por dar al principio de igualdad una comprensión positivista, alejada de veleidades iusnaturalistas. En segundo lugar, por su autor, referente capital en la doctrina constitucional italiana. Y, en último lugar, por las reflexiones que abre sesenta años después, a la luz del precepto italiano y de su influencia en la Constitución española.

Palabras clave: *Constitución italiana, principio de igualdad*

Abstract

This paper was first published in 1953 and it is one of the first essays on the problem of equality in the Italian constitutional doctrine after the war. The interest of this paper is due, first, to the effort of building a positivist construction of the principle of equality, away from natural law influences. Second, the author had a great role in the Italian constitutional law academia. And, thirdly, because sixty years later it opens path of reflection the Italian and the Spanish Constitution.

Keywords: *Italian Constitution, equality principle*





Jurisprudencia





EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL CONFLICTO DE CONCIENCIA DEL FARMACÉUTICO: UNA SOLUCIÓN DE COMPROMISO A GUSTO DE NADIE

LAURA GÓMEZ ABEJA

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. Introducción.
2. La objeción de conciencia en el derecho internacional y comparado.
3. La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico constitucional español.
4. Examen y crítica de la STC 145/2015.
 - 4.1. Antecedentes de la decisión.
5. El legislador y la legitimación de la objeción de conciencia farmacéutica.
6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Por lo que hace a la jurisprudencia sobre la objeción de conciencia con carácter general, adelantaré ya, que no puede hablarse de un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual no existe un derecho general a objetar a los deberes jurídicos contrarios a las creencias personales. Otro ha sido el camino seguido por el Alto Tribunal –en mi opinión, a todas luces cuestionable– para exonerar de su obligación jurídica al farmacéutico que la incumplió por razones de conciencia.

Para una mejor comprensión por el lector de las conclusiones que se alcanzan en este trabajo, es aconsejable que las cuestiones incididas presenten el orden que sigue. En primer lugar interesa dar cuenta de la plasmación normativa de este derecho, tanto en los distintos textos constitucionales como en las diversas legislaciones, así como de la jurisprudencia más importante sobre el anclaje constitucional de la objeción de conciencia emanada de los tribunales constitucionales y de los más importantes órganos internacionales encargados de velar por el Derecho Internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, conviene dejar constancia, brevemente, de la posición sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia –adoptada por un sector de la doctrina científica– que, a la luz de la jurisprudencia, se considera

más acertada. Habrá que centrarse, en tercer lugar, en el reconocimiento normativo y el sentido de la jurisprudencia constitucional sobre la objeción pero en el concreto marco del ordenamiento jurídico-constitucional español.

El examen de esta última cuestión nos situará ya en el contexto que originariamente suscitó la redacción de estas líneas: la STC 145/2015, en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la pretensión de ejercicio de este derecho por parte de un farmacéutico que incumplió por razones de conciencia un deber jurídico que le era propio, otorgándole el amparo y dando lugar a algunos votos particulares muy críticos y a encendidas reacciones entre la doctrina científica. La oposición radical a esta sentencia, que subyace en algunas de las críticas vertidas sobre ella, ha conducido en ocasiones a que desde las mismas se haya magnificado su alcance, y a que se hayan atribuido al fallo consecuencias que entiendo que no tiene. Ciertamente, como ya he señalado, la decisión se sirve de algunos argumentos que pueden considerarse jurídicamente insostenibles, que la hacen censurable desde diversos puntos de vista, y de ello trataré de dar cuenta. Con todo, insisto, su alcance es más limitado y menos alarmante de lo que en un principio pareció atribuírsele.

2. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

2.1. *Reconocimiento normativo de la objeción de conciencia*

Del examen de los diversos textos constitucionales se deduce que éstos reconocen mayoritariamente la libertad de conciencia. El reconocimiento constitucional se lleva a cabo bien aludiendo a las vertientes ideológica y religiosa de esta libertad¹, y no expresamente a la conciencia, o bien refiriéndose a la genérica libertad de pensamiento,

1 Algunos de estos textos constitucionales aluden a la libertad religiosa e ideológica, pero otros inciden en alguna manifestación concreta de la libertad religiosa, como es la libertad de culto, o bien reconocen directamente el derecho a *manifestar* las propias opiniones, bien entendido de que tal derecho necesita previamente del derecho a *formar* libremente la propia opinión o ideología. Entre las Constituciones que no mencionan expresamente la conciencia pueden citarse las de Luxemburgo (arts. 19 y 24), Dinamarca (arts. 67 y 77), Noruega (arts. 2 y 100), Italia (arts. 19 y 21), Francia (arts. X y XI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), o, en fin, la Constitución sueca de 1975 (art. I del Capítulo II). Más allá del contexto europeo, cabría encuadrar también aquí la Constitución americana de 1787, pues la Cláusula de libre ejercicio (*Free Exercise Clause*) de la Primera Enmienda se refiere a la libertad religiosa e implícitamente a la libertad de pensamiento, pero no menciona expresamente la libertad de conciencia. Es el caso, asimismo, de las Constituciones de Méjico (arts. 24 y 60), Argentina (art. 14) y Bolivia (art. 7 b).

conciencia y religión². No sucede lo mismo, sin embargo, con la objeción de conciencia, cuya plasmación en los textos constitucionales resulta absolutamente excepcional³. Algunas Constituciones sí se refieren, por razones históricas, a un supuesto concreto de objeción: la que se ejerce frente al deber de prestar el servicio militar⁴. Es ésta una obligación que se ha venido exigiendo en gran parte de los Estados desde mucho tiempo atrás y para la que también se ha previsto a lo largo del tiempo su exoneración a determinados grupos (religiosos). Consecuentemente, al plasmarse la histórica obligación de prestar el servicio militar en las actuales constituciones democráticas, se consideró oportuno acompañarla de su también clásica exención por razones de conciencia.

Los distintos ordenamientos jurídicos sí han legitimado por vía legislativa supuestos concretos de objeción de conciencia⁵. Algún ordenamiento incluso ha reconocido, como un derecho de rango legal, la objeción de conciencia con carácter general⁶. Pero,

2 Aquí pueden encuadrarse los textos internacionales más importantes, que reconocen la genérica libertad de pensamiento, conciencia y religión y contienen, por tanto, una referencia expresa a la conciencia. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 18), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 18), del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas de 1950 (art. 9) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 12). La fórmula en cuestión (u otra similar) es también utilizada por algunas Constituciones, como las de Irlanda (art. 44.2), Grecia (art. 13) o Reino Unido (art. 9 CEDH, vinculante desde la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998).

3 Una importante excepción la constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio (art. 10.2). En cuanto a los textos constitucionales, cabría mencionar solamente las Constituciones portuguesa (art. 41.6) —desde su reforma en 1982— y eslovena (art. 46) y, fuera de Europa, las Constituciones de Paraguay (art. 37) y Ecuador (art. 66).

4 Es el caso de las Constituciones de Alemania (art. 4.3), Austria (art. 9 a), Croacia (art. 57), Estonia (art. 124), Finlandia (art. 127), Holanda (art. 196), Polonia (art. 85) o Rusia (art. 59.3) y de fuera de Europa pueden citarse las Constituciones paraguaya (art. 129) o brasileña (art. 143.2).

5 Son objeciones de conciencia típicamente legalizadas la objeción al servicio militar (cuando no se ha reconocido por el propio texto constitucional) y la objeción a la interrupción voluntaria del embarazo. Pero las legislaciones estatales han regulado otras exenciones del cumplimiento de las más variadas obligaciones jurídicas. Por citar algunas, existen leyes que eximen del deber de participar en la práctica de la eutanasia (previamente legalizada, por ejemplo, en Holanda); del de participar en las técnicas de fertilización; del de formar parte de un jurado o también de la obligación de acudir a trabajar algún día concreto (generalmente el sábado), porque así lo exijan las convicciones religiosas.

6 Me refiero a la Ley peruana de Libertad Religiosa, de 20 de diciembre de 2010, que declara que la objeción de conciencia es la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal en razón de sus convicciones morales (sólo religiosas).

insisto, la objeción de conciencia como un derecho general a oponerse a los deberes jurídicos que choquen con las propias convicciones no encuentra –salvo contadas excepciones– respaldo constitucional expreso en la Norma Fundamental. Quienes defienden un derecho general a la objeción no ven un problema en esta falta de previsión, pues la objeción de conciencia podría ejercerse igualmente, de forma directa, por cuanto formaría parte del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa. Cabría preguntarse qué sentido –aparte de uno reiterativo– tendría entonces el reconocimiento expreso de la objeción –ya sea general, en las muy contadas ocasiones en que sí se ha producido, ya de un supuesto concreto–. Sea como fuere, la jurisprudencia constitucional –o cuasiconstitucional– no respalda esa posición.

2.2. *La objeción de conciencia en la jurisprudencia constitucional y cuasiconstitucional*

Legitimada por los textos constitucionales la libertad de conciencia «lato sensu», ha de comprobarse hasta dónde llegan en el caso concreto las opciones de conciencia que emanan de esa libertad, qué alcance se ha atribuido por la jurisprudencia a la plasmación del derecho en el texto constitucional.

La abrumadora mayoría de los Tribunales Constitucionales –o, más en general, los órganos encargados de la interpretación última de la Norma Fundamental–, ha descartado tajantemente la existencia de un derecho general a objetar al amparo de la libertad de conciencia. Tal es el caso del Tribunal Constitucional federal alemán, que pronto afirmarí­a que «el ciudadano (...) no puede arrogarse, en virtud de su libertad ideológica o religiosa, un derecho general de omisión de las obligaciones legalmente establecidas»⁷. Lo mismo puede decirse del Consejo Constitucional francés y de la Corte Constitucional italiana, de los que pueden traerse a colación tempranas sentencias en sentido análogo⁸. El Tribunal Supremo federal estadounidense interpreta de modo parecido la «Free Exercise Clause» de la Primera Enmienda a la Constitución de 1787 –si bien como consecuencia de una jurisprudencia no uniforme– entendiendo que aquélla «no exime a un individuo de la obligación de cumplir con una ley válida y neutral de aplicación general» sobre la base de sus creencias⁹.

7 Sentencia del Tribunal Constitucional alemán BVerfGE 67, 26.

8 Por ejemplo, las Sentencias de la Corte Constitucional italiana 58/1960, 117/1979 y 42/1993; y, de Francia, la Decisión del Consejo Constitucional Francés de 23 de noviembre de 1977.

9 El párrafo completo original, procedente de la primera sentencia en que el Tribunal Supremo americano retoma esta línea de interpretación de la *Free Exercise Clause*, *Employment Division of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 879 (1990), reza: «the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha rechazado siempre que el artículo 9 CEDH extienda sin más su protección al incumplimiento de la norma por razones de conciencia¹⁰ y el Comité de Derechos Humanos, finalmente, tampoco cree que se siga un derecho general a la objeción a partir del artículo 18 PIDCP¹¹.

2.3. *La doctrina científica y la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia*

Las posiciones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia pueden integrarse en uno de los dos siguientes enfoques: el que considera que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 CE; o bien el que entiende que la objeción no forma parte de ese contenido, por lo que únicamente podrá ejercerse cuando esté legitimada por el legislador. La jurisprudencia examinada, como fácilmente se deducirá, respalda sin duda esta segunda tesis¹².

Interesa exponer brevemente la forma en que se articula desde esta perspectiva la objeción de conciencia. La dimensión objetiva y el doble carácter de los derechos fundamentales determinan una vinculación de los poderes públicos que implicará, en último término, un deber de promoción de esos derechos (art. 9.2 CE). Éste es el contexto en el que habría de considerarse la posible legitimación de distintos supuestos de objeción de conciencia por el legislador, que deberá adoptar una tónica de sensibilidad para con la libertad de conciencia¹³. Con la actividad de promoción de esta libertad, el legislador reconocerá potestades que exceden de su contenido *prima facie*. Serán «facultades extra», pues el legislador actuará más allá del ámbito del derecho, aunque inspirado por él. Consecuentemente, cuando se aluda a las facultades

on the ground that the law proscribes (or prescribes) a conduct that his religion prescribes (or proscribes)».

10 Desde las tempranas *X c. HOLANDA*, 31 de mayo de 1965 o *GRANDRATH c. Alemania*, 11 de enero de 1967, hasta las recientes *Skugar y otros c. Rusia*, 3 de diciembre de 2009, o *EWEIDA y otros c. Reino Unido*, 15 de enero de 2013.

11 Por todas, *J.P. c. Canadá*, 7 de noviembre de 1991, o la más reciente *Prince c. Sudáfrica*, 31 de octubre de 2007.

12 A. BARRERO ORTEGA, *La libertad religiosa en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 410 y ss.

13 L. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, «El marco normativo de la libertad religiosa», en A. MOTTILLA DE LA CALLE *et al*, *La libertad religiosa a los veinte años de su Ley Orgánica*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p. 193.

que se reconozcan como resultado de esta actividad, no podrá hablarse de derecho fundamental. El legislador, por lo demás, goza de un amplio margen en la creación de estos derechos complementarios del derecho fundamental. A fin de dotar de mayor virtualidad a la libertad de conciencia del artículo 16.1 CE, aquél podría reconocer la objeción ante determinadas circunstancias, pero será un derecho de rango legal. Al legislador corresponde, pues, su reconocimiento y su eliminación¹⁴, mientras que al juez sólo le compete valorar la lesión del derecho a objetar que ya haya sido delimitado legalmente, pero nunca reconocerlo *ex novo*¹⁵.

3. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

3.1. *La objeción de conciencia en la Constitución de 1978 y en la legislación española*

La Constitución española garantiza en el apartado primero de su artículo 16 las libertades ideológica, religiosa y de culto; en el segundo, el derecho a no declarar sobre las dos primeras; y, en el tercer y último apartado, el carácter no confesional del Estado. Se trata, por tanto, de un texto constitucional de los que no mencionan expresamente la libertad de conciencia. No obstante, «como ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, la genérica libertad de conciencia (...) engloba las libertades ideológica y religiosa»¹⁶. Tampoco garantiza la Constitución española un derecho general a la objeción de conciencia. Sí reconoce, como hacen otras Constituciones europeas, la objeción de conciencia al servicio militar (art. 30.2) –tras proclamar el derecho y el deber de los españoles de defender a España (art. 30.1)– aunque el anteriormente controvertido ejercicio de este derecho perdió su actualidad con la suspensión del servicio militar obligatorio¹⁷.

14 M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 40.

15 L. M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 256 y ss. Ésta es la posición defendida en el reciente trabajo sobre la cuestión de la objeción de conciencia, L. GÓMEZ ABEJA, *Las objeciones de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 233 y ss.

16 A. BARRERO ORTEGA, «Vida, salud y conciencia moral (a propósito de la jurisprudencia constitucional en torno a los conflictos entre norma jurídica y norma de conciencia en el ámbito bio-sanitario)», *Derecho y Salud*, núm. 13, 2005, p. 208.

17 En relación con esto se ha señalado que, si bien se trata de un deber jurídico actualmente suspendido en nuestro ordenamiento, eventualmente –aunque es poco probable– la obligación podría reactivarse. Consúltese: M. ALENDA SALINAS, «Objeción de conciencia al servicio militar», *Materia-*

Antes de descender al ámbito legislativo, conviene precisar, en el contexto del reconocimiento del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio, la naturaleza jurídica de la cláusula de conciencia a la que se refiere el artículo 20.1.d CE. Más exactamente, lo que interesa dejar claro es que se trata de una cláusula contractual que no constituye, según creo, un supuesto de objeción de conciencia propiamente dicho¹⁸, pues ni exime de un deber jurídico *por motivos de conciencia* – sino que lo que se pretende garantizar es la transmisión de información¹⁹– ni, en puridad, el legislador la ha articulado realmente como tal, esto es, como una exención individualizada de una obligación por razones de conciencia²⁰.

La abundancia de conflictos de conciencia que diversas obligaciones jurídicas han generado en nuestro contexto, como prueba la jurisprudencia existente al respecto y el «reconocimiento» de algunas objeciones de conciencia por cierta legislación autonómica e incluso por algún código deontológico, contrasta con el reducido número de objeciones de conciencia que el legislador español se ha animado a regular.

Dos son, en concreto, los supuestos legitimados: la objeción de los reservistas obligatorios, en primer lugar –contemplada en la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas y desarrollada en el Reglamento de reservistas de las Fuerzas Armadas²¹–, y la objeción de conciencia a la práctica o participación en la interrupción

les para el estudio del Derecho: Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado III (Eclesiástico), en <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r&=910240&s&=20&p&=9.&Z&=4&O&=1§or&=> (visitada el 22.5.2016)

18 Puede consultarse, sobre esta cuestión, V. NAVARRO MARCHANTEY R. F. RODRÍGUEZ BORGES, «La cláusula de conciencia de los profesionales de la información. La Ley Orgánica 2/1997», *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 16, 1999, p. 263.

19 Como ha puesto de manifiesto M. CARRILLO, en el contexto de un Estado social el derecho a la información tiene una dimensión objetiva, de la que destaca el hecho de que tiene a todo el colectivo social como sujeto receptor. Véase: M. CARRILLO, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas: (una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información)*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 30-31.

20 El derecho a la rescisión del contrato con derecho a indemnización –arts. 2.1 y 2.2 de la Ley Orgánica 2/1997– no puede identificarse con la exoneración del deber jurídico propia del esquema de la objeción de conciencia. Y del artículo tercero de la Ley –que sí establece la exención de una obligación contractual– se ha dicho que la regulación laboral ya recogía la posibilidad de negarse a las órdenes del empresario contrarias a los principios éticos generales de la profesión. Consúltese: J. P. URÍAS MARTÍNEZ, *Lecciones de Derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 280.

21 Real Decreto 383/2011, de 18 de marzo. El reglamento señala, en sus Disposiciones generales, que existen tres tipos de reservistas, esto es, españoles que podrían ser llamados a incorporarse a

del embarazo por parte de los profesionales sanitarios, en segundo lugar –prevista en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo–, sobre la que incide la STC 145/2015.

3.2. *La objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*

El Tribunal Constitucional español incluiría inicialmente la objeción de conciencia en el contenido constitucionalmente declarado de las libertades ideológica y religiosa. En dos importantes pronunciamientos, el primero sobre la objeción de conciencia al servicio militar y el segundo sobre la interrupción voluntaria del embarazo, el Tribunal aprovecharía para sentar una serie de afirmaciones *generales* de gran trascendencia. En la STC 15/1982, con la pretensión de afirmar sin lugar a dudas la eficacia directa del derecho a la objeción de conciencia militar del artículo 30.2 CE, efectuaría una categórica afirmación sobre la objeción de conciencia con carácter general (más allá del supuesto concreto):

El derecho a la objeción de conciencia es una manifestación o especificación de la libertad de conciencia y, dado que ésta es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el art. 16 de la CE, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español²².

El Tribunal confirmaría esta idea en otros pronunciamientos posteriores sobre el mismo supuesto y después también al hilo de la objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo, indicando que, por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, cabe señalar «que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no (...) regulación»²³.

En dos sentencias de 1987, sin embargo, se produce la rectificación de esta doctrina primigenia. El Tribunal Constitucional, en efecto, corregiría su postura inicial sobre un pretendido derecho general de objeción de conciencia. En las

las Fuerzas Armadas para satisfacer las necesidades de la defensa nacional. Podrán ser voluntarios, de especial disponibilidad y obligatorios. En relación con estos últimos, el artículo 54 de este Real Decreto –en desarrollo del artículo 180 de la Ley 17/1999– reconoce la objeción de conciencia.

22 STC 15/1982 (FJ 6).

23 Añade el Tribunal que «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales», STC 53/1985 (FJ 14).

SSTC 160 y 161 de 1987 perseguía confirmar el carácter ordinario (y no orgánico) de la ley reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar, pero se pronunciaría también sobre la objeción en sentido amplio, afirmando ahora que la única que puede ejercerse es la objeción al servicio militar, en tanto que reconocida por el artículo 30.2 CE, pues sin ese reconocimiento *«no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de libertad ideológica o de conciencia (art. 16 C.E.) que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos»*²⁴.

Tras las sentencias de 1987, el Tribunal Constitucional insistirá en su nueva doctrina defensora de la inexistencia de un derecho general a la objeción de conciencia en otras resoluciones, al hilo del derecho a la objeción al servicio militar y la prestación social sustitutoria²⁵, y también en relación con otras obligaciones jurídicas, como la de contribuir al sostenimiento de los gastos de defensa o la de participar en un tribunal de jurado. Más recientemente el Alto Tribunal ha ratificado su posición al hilo de su resolución sobre la objeción del farmacéutico a la interrupción voluntaria del embarazo²⁶.

Puede concluirse, pues, que esta aproximación del Tribunal a la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, distinta de la primera, ha resultado ser concluyente y definitiva, contra el pronóstico que hiciera una parte de la doctrina científica. Como no podría ser de otra manera, en fin, la postura del Tribunal Constitucional ha sido asumida por el Tribunal Supremo, y en general por los tribunales ordinarios, que habitualmente la han acatado al conocer de una controversia de conciencia generada por algún deber jurídico²⁷.

24 STC 160/1987 (FJ 3). Y en la STC 161/1987 añadiría que:

«La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado (FJ 3)».

25 SSTC 321/1994, 55/1996, y 88/1996.

26 Respectivamente, ATC 71/1993, STC 216/1999, y, en relación con la objeción al aborto, la reciente STC 145/2015.

27 El Tribunal Supremo se ha pronunciado, entre otras, sobre la objeción a formar parte de una mesa electoral (por todas, STS, Sala Segunda, de 8 de junio de 1994) y, más recientemente, sobre la objeción judicial (STS, Sala Tercera, de 11 de mayo de 2009) o la que ciertos padres quisieron ejercer contra la obligación de sus hijos de cursar la asignatura de Educación para la Ciudadanía (por todas, STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 2012).

4. EXAMEN Y CRÍTICA DE LA STC 145/2015

4.1. *Antecedentes de la decisión*

En la polémica STC 145/2015 el Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a un farmacéutico al que la Administración autonómica andaluza había impuesto una sanción por no disponer, en la oficina de farmacia de la que era cotitular, de existencias del medicamento con el principio activo levonorgestrel, la conocida «píldora del día después», o «píldora poscoital».

La Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía incoaría un procedimiento sancionador contra el recurrente –que había sido denunciado por un ciudadano–, en el que éste manifestaría que por razones de conciencia no disponía de ciertos medicamentos y productos farmacéuticos, píldoras poscoitales y preservativos, respectivamente. Esta falta de disposición fue calificada por la Inspección como infracción grave, de conformidad con el artículo 75.1 d) de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en relación con el artículo 22.2 d) de la misma Ley y el artículo 2 y anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia, como consecuencia de lo cual se sancionó al recurrente con una multa de 3.300 euros por medio de resolución del delegado provincial de salud de Sevilla.

El interesado interpuso recurso de alzada contra esa resolución, invocando su derecho a la objeción de conciencia como justificación para no disponer en la farmacia de preservativos –lo cual entendía que no causaba perjuicio alguno por estar garantizada su venta, al ser muchos los establecimientos que los comercializan– ni del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,75 mg., del que pueden derivar –aducía– efectos abortivos, algo contrario a su concepción sobre el deber de protección de la vida humana. El recurso sería desestimado, entendiéndose en la nueva resolución que las razones alegadas no justificaban el incumplimiento de la obligación legal de disposición. La resolución se apoyaba en primer lugar en la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Se invocaba también la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Pichon y Sajous c. Francia*, de 2 de octubre de 2001, que inadmitió la demanda de dos farmacéuticos franceses que habían sido sancionados, en este caso por negarse a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos. El TEDH entendió que la objeción de conciencia no forma parte de la libertad de pensamiento, conciencia y religión del artículo 9 CEDH, por cuanto las convicciones personales no pueden considerarse una razón

que justifique la denegación de la dispensación de un producto al consumidor por parte de un farmacéutico, a quien está reservada con carácter exclusivo la venta de medicamentos.

Contra la anterior resolución interpuso el demandante recurso contencioso-administrativo, en el que alegaba, subsidiariamente a las razones ya expuestas, la calificación errónea de la infracción como grave y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta. Solicitaba, consecuentemente, que la misma fuese declarada nula o bien que los hechos fuesen calificados como infracción leve. El recurso fue también desestimado, por Sentencia de 2 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Sevilla, que entendería que la resolución sancionadora era ajustada a Derecho y que la cuestión estaba resuelta tanto por la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001 —que actualiza el contenido del anexo del Decreto andaluz 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia—, como por la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y por la citada resolución del TEDH en el caso Pichon y Sajous c. Francia.

El demandante promovería entonces incidente de nulidad contra la sentencia, invocando, junto a las anteriores quejas, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable. Añade también en la demanda que tanto los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, como el Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, reconocen expresamente el derecho a la objeción de conciencia. El Juzgado rechazaría todas las razones aducidas e inadmitiría a trámite el incidente por providencia de 22 de diciembre de 2011. En el recurso de amparo planteado contra la resolución administrativa confirmatoria de la sanción de multa y contra las subsiguientes resoluciones judiciales, el demandante sostiene principalmente que las mismas han lesionado su derecho a la objeción de conciencia, expresión de la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 CE, al haber sido sancionado por ejercer su profesión de farmacéutico actuando según sus propias convicciones ideológicas. El Tribunal Constitucional descarta lesión de la libertad de conciencia por lo que hace a los preservativos, pero en relación con la píldora poscoital declara que la sanción por el incumplimiento ha vulnerado el derecho del farmacéutico a la objeción de conciencia (al aborto) vinculado al derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

4.2. *El derecho general a la objeción de conciencia y la tranquilizadora continuidad de la doctrina constitucional*

Puede afirmarse, por lo que se refiere al derecho general a la objeción de conciencia, que el Tribunal Constitucional no modifica su doctrina previa. En efecto, lo que resulta novedoso de esta decisión es la extensión de los efectos de la STC 53/1985 al farmacéutico que se niega a dispensar la píldora poscoital siguiendo sus convicciones religiosas sobre el derecho a la vida, a partir del razonamiento de que existe una duda razonable sobre los efectos abortivos del medicamento. Pero, más allá de este supuesto concreto, el Tribunal no hace afirmaciones que conduzcan a concluir que se haya apartado de su conocida posición defensora de la inexistencia de un derecho a la objeción directamente ejercitable a partir de la libertad de conciencia del artículo 16.1 CE.

En coherencia con cuanto antecede, antes de señalar (con todas las cautelas) que los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción fijados en la STC 53/1985 también concurren cuando se proyectan sobre el deber del farmacéutico de dispensar este medicamento, el Tribunal Constitucional se preocupa por aclarar que solamente ése es el alcance de su decisión. Previamente recuerda, en primer lugar, que el derecho a la objeción de conciencia al aborto (sólo este supuesto) existe con o sin regulación legal *ex* artículo 16.1 CE, por cuanto en la STC 53/1985 el Alto Tribunal: *«Rechazaría que cupiera considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirmamos que tal derecho existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación (cursiva añadida)»*²⁸.

Seguidamente deja claro, en segundo lugar, que aquella sentencia constituye una decisión singular precisamente porque, por muy concretas razones, extendió la objeción a un supuesto distinto del reconocido en el artículo 30.2 CE, único previsto en la Constitución:

En relación con la doctrina expuesta debe destacarse la singularidad del pronunciamiento traído a colación, en tanto que el reconocimiento de la objeción de conciencia trascendió del ámbito que es consustancial al art. 30.2 CE (el servicio militar obligatorio), dadas las particulares circunstancias del supuesto analizado por este Tribunal; por un lado, la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo y, por otro, la relevancia constitucional que reconocimos a la protección del nasciturus²⁹.

28 STC 145/2015 (FJ 4).

29 STC 145/2015 (FJ 4).

Así pues, independientemente de lo atinada o desacertada que pueda resultar esta decisión del Alto Tribunal por lo que respecta a «la objeción farmacéutica al aborto», lo cierto es que, en relación con la objeción de conciencia con carácter general, puede afirmarse –en contra de la interpretación más alarmista de algunas reacciones iniciales frente a la STC 145/2015– que el Tribunal Constitucional no se desdice (otra vez) de su última doctrina conocida sobre un hipotético derecho general a la objeción de conciencia.

4.3. *Crítica a la STC 145/2015*

4.3.1. *El difícil encaje del farmacéutico como sujeto legitimado para ejercer la objeción de conciencia al aborto*

La jurisprudencia constitucional sobre la objeción de conciencia del farmacéutico había sido, hasta hace bien poco, inexistente. Sólo alguna sentencia de la jurisdicción ordinaria podía citarse al respecto³⁰. El Tribunal Supremo, en la decisión que había emitido sobre el particular, declarararía en un inesperado *obiter dictum* que el contenido constitucional de la objeción de conciencia «forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE». Ello no obstante, como ya ha quedado expuesto en páginas anteriores, el Supremo ha corregido tal enfoque en posteriores resoluciones ante otras pretensiones de objeción no legitimadas por el legislador, negando sistemáticamente la posibilidad de ejercer sin más la objeción de conciencia. Sólo podría ejercerse, indicaría ahora el Tribunal Supremo, si existiera previsión legal al efecto, y sólo por quien estuviera legitimado para ello.

Ha sido el propio Tribunal Constitucional –según creo, contra todo pronóstico–, el que ha considerado en este primer pronunciamiento suyo sobre la objeción farmacéutica que el derecho de objetar en conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo puede ser ejercido por el farmacéutico en el ejercicio de su profesión. El principal argumento en que el Alto Tribunal se apoya para extender al farmacéutico los efectos de la objeción al aborto reconocida por la STC 53/1985, es el de que existe una duda razonable sobre los posibles efectos abortivos de la píldora del día después. Dados estos posibles efectos, el Tribunal sostiene que la base conflictual que

30 Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007. Sobre ambas decisiones, puede consultarse A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 15, 2007, pp. 12-14.

late tanto en el supuesto del médico como en el del farmacéutico «se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida»³¹.

No acierta el Tribunal, a mi juicio, al defender esta coincidencia entre ambos casos en cuanto al conflicto de conciencia. Es cierto, como afirma, que los *motivos* que el farmacéutico alega para no disponer del medicamento, sus creencias personales sobre la protección del derecho a la vida, «guardan el suficiente paralelismo con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia en el supuesto analizado por la sentencia citada»³², la STC 53/1985. Ahora bien, el paralelismo de los motivos no puede conducir a equiparar en sendos casos el conflicto de conciencia, que viene determinado por la ecuación obligación jurídica-obligación moral. El Tribunal Constitucional respalda aquella similitud en la segunda parte de la ecuación, pero es evidente que en la primera parte las respectivas obligaciones jurídicas se diferencian de forma manifiesta. El deber jurídico frente al que el médico puede objetar nada tiene que ver con la obligación que al farmacéutico corresponde. Precisamente por ello el personal sanitario directamente implicado en la práctica abortiva es el único para el que la ley ha contemplado la excepción, por el conflicto de conciencia que esa práctica –y no otra– puede suscitar.

El singular reconocimiento en la STC 53/1985 de una objeción distinta de la prevista constitucionalmente en el artículo 30.2 CE, como señala el propio Tribunal, obedece principalmente a «la significativa intervención de los médicos en los casos de interrupción voluntaria del embarazo». El Tribunal Constitucional afirma no desconocer ahora, en su enjuiciamiento, «las diferencias de índole cuantitativa y cualitativa existentes entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación, por parte de un farmacéutico, del medicamento anteriormente mencionado», pero es justamente lo que hace: obviar las diferencias, extendiendo de manera forzada al último los efectos de la STC 53/1985, con el argumento poco convincente de que, además de la coincidencia en los motivos, la actuación del farmacéutico «en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada»³³.

Un aspecto que, entiendo, ha de considerarse clave para la posible legitimación de un supuesto de objeción es el de la gravedad objetiva del conflicto de conciencia, que puede ser apreciada valorando qué se exige exactamente a quien pretende

31 STC 145/2015 (FJ 4).

32 STC 145/2015 (FJ 4).

33 STC 145/2015 (FJ 4).

objetar. No resulta insólito que la exigencia de interrumpir una vida humana en formación es un deber que un médico pueda no querer satisfacer por razones de conciencia, pues ésta le reclama la protección de la vida del «nasciturus» y es justamente la destrucción de esta vida lo que aquí se le demanda. La equiparación de cualquier otra obligación jurídica con la del profesional sanitario que deba intervenir directamente en la práctica abortiva resulta, en mi opinión, artificiosa. Y esta afirmación incluye al farmacéutico, que debe limitarse a disponer de ciertas cantidades de los medicamentos y productos sanitarios que legalmente se prevea y a dispensarlos. Negarse a ello por la función propia del medicamento en cuestión o el uso que al mismo se le pueda dar, a partir de las convicciones personales sobre la protección de la vida humana, es algo que, en mi opinión, no debería haberse considerado expresión del supuesto de objeción de conciencia al aborto ni (como consecuencia de ello) del derecho fundamental del artículo 16.1 CE³⁴.

Lo que no se entiende, a la vista de la lógica seguida por el Tribunal, es que en la propia sentencia se descarte la posibilidad para el farmacéutico de ejercer la objeción de conciencia también al deber de disposición y dispensación de preservativos. Y es que, a juicio del recurrente, su libertad de conciencia había quedado también lesionada al haber sido sancionado por el incumplimiento de ese otro deber, al que se oponía por las mismas razones de conciencia. El Alto Tribunal despacha la cuestión afirmando que «es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado», por lo que «ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto»³⁵. Aunque se obvia cualquier explicación conducente a esta conclusión, la misma tiene que ver –intuyo– con que en el caso de los preservativos no existe una duda razonable sobre su posible efecto abortivo, y ello, según creo, refleja una clara incongruencia en la concepción del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de conciencia. El rechazo del deber de disposición y dispensación de preservativos obedece a análogas razones de conciencia que las que laten en la oposición que surge frente a la misma obligación en relación con la píldora poscoital: la concepción que profesa el demandante sobre la protección del derecho a la vida humana. Negar toda relevancia constitucional a las razones de conciencia en

34 A juicio de la magistrada Asúa y del magistrado Valdés, este pronunciamiento es consecuencia del previo posicionamiento ideológico que lo guía. En sendos votos discrepantes a la STC 145/2015, ambos magistrados manifiestan su preocupación por la marcada tendencia ideológica de la decisión, de la que fue ponente el magistrado Ollero.

35 STC 145/2015 (FJ 6).

el primer caso no estaría justificado, siguiendo la lógica del Alto Tribunal, desde la perspectiva del fundamento ideológico. Cuestión distinta es que se considere que el conflicto de conciencia no tiene gravedad objetiva suficiente como para justificar la legitimación del supuesto, si se atiende a la actuación concreta que deriva de esta obligación para el farmacéutico y a la función propia de los profilácticos. Pero aplicando el razonamiento del propio Tribunal, insisto, no se entiende que la STC 145/2015 niegue *toda* relevancia constitucional a este otro conflicto de conciencia, como ha sido puesto de manifiesto en dos votos particulares, uno discrepante y otro concurrente, por lo demás absolutamente opuestos³⁶.

La legitimación del farmacéutico para ejercer la objeción al aborto nos conduce a reflexionar sobre el papel de otros sujetos. Téngase en cuenta que la voluntad del médico que, sin tener que practicar la interrupción del embarazo, pretende desobedecer otras obligaciones anteriores o posteriores en relación con la paciente que decide ponerle fin, está también motivada por idénticas convicciones sobre el derecho a la vida. E igualmente invoca estas razones, fuera del ámbito sanitario, la persona que desea no saldar sus obligaciones tributarias íntegramente, al considerar que el Estado va a destinar parte de sus recursos a financiar la interrupción del embarazo en los casos previstos. Las razones coinciden también, en fin, en el caso del juez que no quiere avalar el consentimiento de la menor embarazada que desea abortar. Todos ellos, por cierto, son ejemplos de pretensiones reales.

¿Debe considerarse, siguiendo el razonamiento del Tribunal Constitucional, que estas personas se encontrarían respaldadas por sus convicciones para desobedecer sus muy variadas obligaciones jurídicas, y entenderse que estarían ejerciendo el supuesto de objeción al aborto reconocido por la STC 53/1985? No resulta descabellado concluir que el Alto Tribunal, persiguiendo amparar al farmacéutico recurrente, ha abierto la puerta a otros problemas.

36 No puedo coincidir plenamente, por las mismas razones, con el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré en lo que atañe a este aspecto de su discrepancia con la sentencia. El magistrado afirma que si no hubo negativa a la dispensación de la píldora del día después, ni sanción por esa causa, «no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia». La determinación de qué provoca el conflicto de conciencia, sin embargo, es algo que sólo al titular de la misma corresponde. Según lo entiendo, cuando una persona estima que un deber jurídico es contrario a lo que su conciencia le exige, se incide ya en las coordenadas de la libertad de conciencia. Ello no supone, ni mucho menos, reconocer que esa persona tenga derecho —como parte de ese derecho fundamental— a quedar exonerada del deber, ni consecuentemente que haya que otorgarle el amparo al ser sancionada por su incumplimiento, pero tampoco puede negarse sin más la propia existencia del conflicto de conciencia.

De un lado, en efecto, con la STC 145/2015 se corre el peligro de animar a otras personas distintas a desobedecer sus obligaciones. Personas que, como las de los ejemplos anteriores, defiendan las mismas creencias y entiendan que, toda vez que se ha admitido la exención de un deber, el del farmacéutico, diferente de la obligación de la práctica directa de interrupción del embarazo del personal sanitario, ellas también podrían estar legitimadas para ejercer el derecho a la objeción de conciencia al aborto reconocido por la STC 53/1985. Asimismo, de otro lado, resulta alarmante la inseguridad jurídica generada por la STC 145/2015, en relación con el deber farmacéutico de disposición y dispensación del medicamento. ¿Debe deducirse que cualquier farmacéutico podría ahora desobedecer esta obligación invocando análogos razones morales? En la STC 145/2015, el Tribunal Constitucional se apoya en unas razones concretas para ponderar finalmente a favor del demandante. A saber: el hecho de que fuera sancionado por desobedecer el deber de disposición de un mínimo de existencias de píldoras poscoitales y no el deber de dispensación; que la farmacia de la que era cotitular se encontrase en el centro de la ciudad, que permite deducir el fácil acceso a otras próximas; que no hay circunstancia que permita concluir que se vulnerasen los derechos de la mujer (que la asisten en el contexto del derecho a acceder a los medicamentos); o, finalmente, que el farmacéutico figurase como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla³⁷. Son muchos los interrogantes que se plantean: ¿qué habría decidido el Alto Tribunal si la farmacia se hubiese encontrado aislada? ¿Y si el demandante hubiera sido sancionado por incumplir el deber de dispensación y no el de disposición? ¿O si no hubiese figurado como objetor registrado? En este sentido, ¿qué validez puede darse a esta inscripción? En otras palabras, resta la duda de si, ante unas premisas diferentes, el Tribunal Constitucional habría llegado a una conclusión distinta. Éste es el sentido de algunas de las afirmaciones del magistrado Valdés Dal-Ré en su voto discrepante. Sostiene el magistrado que la sentencia «ni siquiera se toma la molestia de verificar el argumento que emplea mediante el expediente de ofrecer datos objetivos sobre el particular en el que intenta sustentarse». Añade de forma contundente que, siguiendo la lógica –que no comparte– de la propia decisión, «para que el argumento pudiera poseer una mínima solvencia, tendría que haber efectuado una valoración sobre otras hipótesis», incidiendo especialmente en «la existencia de una cadena o suma de resistencias a la dispensación».

Dos conclusiones pueden extraerse de las reflexiones que anteceden. Dejar la ponderación al juez «ad casum», en primer lugar, no podría impedir que, si se

37 STC 145/2015 (FJ 5).

desobedeciese la obligación farmacéutica de forma generalizada, pudiera peligrar la satisfacción del interés protegido por la norma, esto es, el derecho de la mujer a acceder al medicamento, manifestación del derecho a decidir sobre el tratamiento, integrado a su vez en el derecho a la integridad física del artículo 15 CE. En segundo lugar, tampoco el farmacéutico que desobedezca aquel deber tiene garantía alguna de que vaya a considerarse ejercida por él la objeción al aborto, ni, por tanto, garantía de no ser sancionado.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, además, fundamentar la decisión principalmente en la duda razonable sobre el posible abortivo de la píldora poscoital resulta cuestionable, pues la protección jurídica del embrión comienza siempre después de que el medicamento cuestionado pueda provocar sus efectos. Los otros argumentos dados por el Tribunal Constitucional son, asimismo, poco convincentes. Así, resulta injustificado entender que el incumplimiento del deber de disposición, frente al de dispensación, tiene necesariamente una menor incidencia en los derechos de la mujer implicados. Tampoco la mayor o menor proximidad de otras oficinas de farmacia permite concluir sin más esa incidencia menos acusada. Los códigos deontológicos, en contra de lo que parece asumir el Tribunal, no pueden legitimar *ex novo* el derecho a la objeción de conciencia³⁸. Algunos de los argumentos ofrecidos podrían ser tenidos en cuenta por el legislador como criterios para valorar la idoneidad de la legitimación de la objeción farmacéutica, pero en ningún caso –por las razones que se expondrán enseguida– deberían justificar directamente el incumplimiento de la obligación de disposición del farmacéutico.

Mejor habría hecho el Tribunal Constitucional animando al legislador a la articulación de esta objeción, como un supuesto distinto del reconocido por la STC 53/1985³⁹. Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia constitucional –tanto

38 Son, de cualquier manera, argumentos de los que el Tribunal Constitucional no se ha servido realmente para ponderar en el caso concreto, como señala el Magistrado Valdés Dal-Ré.

39 Se trataría, en todo caso, de una cuestión que habría de prever el legislador estatal, pues una disposición semejante en una norma autonómica sería contraria a lo establecido en la normativa del Estado que, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional en relación con la interpretación que el legislador navarro hizo en su normativa de desarrollo del deber de dispensación dispuesto en el art. 88.1 d) de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, al configurarlo como un derecho de concertación dependiente de la adhesión voluntaria del farmacéutico en los artículos 29.2 y 30.4 de la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica. En efecto, ambos artículos serían declarados inconstitucionales por la STC 137/2013, en la que el Alto Tribunal afirmaría que:

española como comparada— es poco dada a hacer este tipo de recomendaciones al legislador, o a orientarlo sobre las pautas a considerar para la legitimación de un supuesto de objeción de conciencia. En este sentido, la STC 145/2015 no es una excepción. El Tribunal Constitucional, sorprendentemente, ni siquiera menciona la posibilidad o conveniencia de la regulación legislativa de la objeción farmacéutica después de quedar directamente legitimada por él mismo. Y ello a pesar de que tanto el Letrado de la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal se habían referido insistentemente a la necesidad de esa «interpositio legislatoris».

4.3.2. *La dudosa «duda razonable» sobre el efecto abortivo de la píldora poscoital*

Como se ha dejado apuntado, el argumento fuerte de la STC 145/2015 es la existencia de una duda razonable sobre el posible efecto abortivo de la píldora poscoital. Aunque no interesa perderse en el controvertido debate al que conduce esta cuestión, el del momento del comienzo de la vida humana, debe apuntarse que la validez de este argumento puede ponerse en entredicho. Aceptar esta duda razonable, y legitimar sobre esa base el incumplimiento de la obligación de dispensar la píldora poscoital (o de su previa disposición), implica también asumir que el comienzo de la vida humana pueda producirse en el momento de la concepción o fecundación. Sin embargo, según creo, no es ésta la respuesta jurídica que se ha dado a la cuestión. Como señalara la STC 53/1985, tantas veces referida en la sentencia que ahora nos ocupa:

La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte⁴⁰.

«La Comunidad Foral de Navarra, competente para el desarrollo de este precepto básico, podrá y deberá fijar las condiciones en que deberá efectuarse la dispensación de medicamentos y productos sanitarios prescritos por los facultativos del Sistema Nacional de Salud, pero tal normativa de desarrollo no puede poner en entredicho la existencia misma del deber legal de dispensación, ya que con ello se vulnera la normativa básica».

40 STC 53/1985 (FJ 5). También la doctrina científica coincide mayoritariamente en que, jurídicamente, el comienzo de la vida humana tiene lugar en el momento de la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero —lo que sucede (aproximadamente) a los catorce días desde su fecundación—. Esto es determinante para el inicio de la gestación. La aproximación a este asunto se ha hecho sobre todo desde el Derecho Penal, por cuanto es necesaria para poder tipificar ciertos delitos, como el aborto o las lesiones al feto. Véanse: F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 87; J. L. Díez RIPOLLÉS *et al.*, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, I,

En esta misma decisión, como es bien conocido, el Tribunal afirmaría que la vida humana en formación no es titular del derecho fundamental del artículo 15 CE, pero sí un bien jurídico constitucionalmente protegible a su amparo⁴¹. Concretamente, la tutela jurídico-constitucional se activa desde en el momento que se ha considerado como el inicio de este proceso: el de la anidación (o implantación), que se equipara en el tiempo al del comienzo de la gestación. El preembrión o embrión preimplantatorio, por tanto, no constituye un bien jurídico protegido al amparo del artículo 15 CE, de conformidad con lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional en la STC 116/1999. No se pierda de vista que, desde la perspectiva penal, las acciones anteriores a la implantación son jurídicamente irrelevantes⁴².

Los anticonceptivos poscoitales, por tanto, jurídicamente no serían productos abortivos, puesto que su efecto es impedir la concepción o, en última instancia (dependiendo del momento en que se encuentre el ciclo menstrual de la mujer), la implantación –del recientemente llamado preembrión–, algo jurídicamente permitido y que no tiene que ver con el aborto, que ha de afectar, ya durante la gestación, al embrión o al feto⁴³. A mayor abundamiento, en fin, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Agencia Española del Medicamento han catalogado la píldora del día siguiente como un medicamento anticonceptivo (y no abortivo).

4.3.3. *La farmacia como un servicio público y los derechos de la mujer*

Un aspecto esencial que omite la STC 145/2015 es el relativo al relevante papel del farmacéutico y de las oficinas de farmacia en relación con la expedición de los medicamentos. La sentencia hace sólo una lacónica referencia a la condición del farmacéutico como «expendedor autorizado de la referida sustancia», pero precisamen-

Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 292; y L. ARROYO ZAPATERO *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, p. 366.

41 Así interpretaría el Tribunal Constitucional el artículo 15 CE (STC 53/1985 –FFJJ 5 y 7–). El TEDH también ha recordado que nunca ha considerado al *nasciturus* como una «persona» directamente protegida por el artículo 2 CEDH (*Vé c. FRANCIA*, 8 de julio de 2004, párrafo 80).

42 En este sentido, González Saquero señala que «la tutela penal de los tipos de aborto sólo abarca al embrión y al feto pero no al «preembrión» o «embrión preimplantatorio»», P. GONZÁLEZ SAQUERO, «¿Derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico? A propósito de la Decisión sobre admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *As. PICHÓN y SAJOUS c. FRANCIA*, de 2 de octubre de 2001», *Foro, Nueva Época*, núm. 8, 2008, p. 278.

43 Las definiciones de *preembrión*, *embrión* y *feto* pueden encontrarse en el artículo 3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, letras *s*, *l* y *n*, respectivamente.

te para considerar que los «aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14», también concurren cuando la objeción se proyecta «sobre el deber de dispensación de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos».

Lejos de ser un motivo para justificar la legitimación de la objeción de conciencia, entiendo que la naturaleza de las oficinas de farmacia y la función propia del farmacéutico son justamente razones para exigir a toda costa el cumplimiento de los deberes jurídicos en conflicto. Aunque de titularidad privada, las oficinas de farmacia tienen la consideración de establecimientos sanitarios de interés público (art. 84.6 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantía y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios)⁴⁴. En este sentido, el Tribunal Supremo ha entendido que la regulación sobre expedición de las especialidades con fines terapéuticos debe contemplarse «desde las exigencias que comporta su naturaleza de servicio público»⁴⁵. Su consideración como establecimiento de interés público responde al hecho de que en nuestro sistema sanitario las funciones de custodia, conservación y dispensación de los medicamentos de uso humano se atribuye de forma exclusiva a las oficinas de farmacia abiertas al público (a las que se suman, de acuerdo con el art. 2.6 de la Ley 29/2006, los servicios farmacéuticos de hospitales, los centros de atención primaria y los centros de salud)⁴⁶.

Otro aspecto fundamental en el que apenas se detiene la STC 145/2015 es el de los derechos incididos en el contexto de la facultad de acceder a la píldora poscoital que asiste a la mujer. La sentencia se refiere vagamente al derecho a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, que nace del derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, pero obvia toda mención –y, consecuentemente, toda ponderación– de otros derechos esenciales, como el de la protección de la salud (art. 43.1 CE) o el derecho a decidir sobre el tratamiento médico –que forma parte del contenido del derecho a la integridad física (art. 15 CE)–⁴⁷, a pesar de la importancia que la función específica y exclusiva del farmacéutico tiene para la satisfacción de los mismos. No es casual que la Ley 29/2006 imponga sin excepciones la obligación de las oficinas de farmacia de suministrar o dispensar los medicamentos y productos sanitarios

44 Puede consultarse I. DE MIGUEL BERIAIN, «La objeción de conciencia del farmacéutico: una mirada crítica», *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 6, 2010, p. 187.

45 STS, Sala Tercera, de 21 de febrero de 1986 (FJ 9).

46 Estas consideraciones se encuentran en P. GONZÁLEZ SAQUERO, *op. cit.*, p. 261.

47 STC 37/2011 (FJ 5). Véase: L. GÓMEZ ABEJA, «Consentimiento informado y derechos fundamentales», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, p. 290.

que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas (art. 2.1). Complementariamente la norma castiga como infracciones graves «la negativa a dispensar medicamentos o productos sanitarios sin causa justificada»⁴⁸ y «cualquier acto u omisión encaminado a coartar la libertad del usuario en la elección de la oficina de farmacia», y como infracción muy grave «no disponer –los almacenes de distribución y las oficinas de farmacia– de las existencias de medicamentos adecuadas para la normal prestación de sus actividades o servicios» (art. 101.2 b de la Ley 29/2006, apartados 15 y 26, y 101.2 c 13, respectivamente)⁴⁹.

Estas previsiones, en efecto, responden a la esencial función que el farmacéutico desempeña en relación con el derecho a la protección de la salud, que no se encuentra, como es sabido, entre los derechos fundamentales del Capítulo Segundo del Título I de nuestra Norma Fundamental, sino en el Capítulo Tercero, entre los principios rectores de la política social y económica. El derecho a la protección de la salud, por tanto, no es ejercitable directamente ante los tribunales. Requiere la intervención de los poderes públicos. Sólo con la adopción de medidas por parte del Estado se generará un deber concreto de prestación a favor de los ciudadanos⁵⁰. La previsión del apartado segundo de este artículo 43 CE, en el sentido que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios», determina la obligación para el Estado de establecer un sistema de política sanitaria, constituido por «un cúmulo de acciones colectivas cuyo objeto son las medidas de prevención e higiene social»⁵¹, entre las que se incluye el acceso a los distintos medicamentos. El deber de disposición y dispensación del farmacéutico es una de las prestaciones en que se materializa el derecho a la protección de la salud del artículo 43.1 CE. Otro derecho igualmente involucrado en este contexto es el que la usuaria de la farmacia tiene a obtener el me-

48 Como se ha señalado, es importante la modificación introducida respecto de la regulación anterior (Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento), que no aludía a los productos sanitarios, sino solamente a los medicamentos. En este sentido: P. GONZÁLEZ SAQUERO, *op. cit.*, p. 259.

49 Debe añadirse que «cuando por causa de desabastecimiento no se disponga en la oficina de farmacia del medicamento prescrito o concurren razones de urgente necesidad en su dispensación» (artículo 86.2 de la Ley 29/2006), el farmacéutico deberá sustituirlo o, alternativamente, solicitar del almacén mayorista o laboratorio el suministro para atender la demanda, pues la jurisprudencia viene interpretando que, en caso contrario, se incurriría en la misma conducta que si se negase la dispensación (SSTSJ de Valencia de 29 de enero de 2003 y de 7 de junio de 2003, y STSJ de Extremadura de 30 de septiembre de 2003).

50 E. BORRAJO DACRUZ, «Art. 43: protección de la salud», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, 1996, p. 197.

51 A. BARRERO ORTEGA, *op. cit.*, p. 208.

dicamento solicitado, manifestación de otro a decidir sobre el propio tratamiento, que forma parte a su vez del derecho a la integridad física del artículo 15 CE. El Tribunal Constitucional apuntaría inicialmente a un derecho de *autodeterminación* que «tiene por objeto el propio sustrato corporal –como distinto del derecho a la salud o a la vida– y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)»⁵². Más adelante concretaría que tal derecho «legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, a decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad»⁵³. El hecho de que el Alto Tribunal ni siquiera se plantee la concurrencia de estos valores y derechos ante el incumplimiento de la obligación de disposición por el farmacéutico merece, sin duda, una valoración muy negativa de la consideración y ponderación de los intereses en conflicto llevadas a cabo en esta decisión⁵⁴.

4.3.4. Códigos deontológicos y normativa autonómica

El Tribunal Constitucional aduce, entre los argumentos justificativos del incumplimiento de su obligación por el farmacéutico recurrente, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia tanto en el código deontológico de la profesión farmacéutica como en los estatutos del colegio al que pertenece el recurrente que, de hecho, se encuentra inscrito en el mismo como objetor de conciencia.

52 STC 154/2002 (FJ 9).

53 STC 37/2011 (FJ 5).

54 La ausencia de toda valoración de estos intereses, a la hora de ponderar los que entran en conflicto, es una de las críticas que la magistrada Asúa Batarrita hace a la sentencia en su voto particular discrepante.

Es llamativo que el mismo argumento, el de la errónea ponderación de los intereses concurrentes, condujera al magistrado Ollero Tassara en su voto particular a una conclusión diametralmente opuesta a la alcanzada en el voto discrepante mencionado. Lo que no se protegería suficientemente con el fallo del Alto Tribunal, según el voto concurrente del magistrado Ollero, sería precisamente la libertad de conciencia del farmacéutico. En relación con lo que antecede, no es ocioso recordar que las críticas vertidas en relación con la técnica de la ponderación versan fundamentalmente sobre el carácter no científico, subjetivo y de resultados no fiables del principio de proporcionalidad.

Un trabajo en el que se da cuenta de forma completa tanto de las posiciones críticas como defensoras de esta técnica de ponderación es el siguiente: C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003. También puede resultar interesante consultar J. BARNÉS VÁZQUEZ, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15-50; y A. ABA COTOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

Sostiene el Alto Tribunal que, careciendo la Comunidad Autónoma andaluza de una ley que reconozca la objeción de conciencia, «esa ausencia de reconocimiento legal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante», pues «está expresamente reconocido como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional»» en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en el Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica⁵⁵. Dejando al margen la dudosa constitucionalidad de una norma autonómica que legitime el incumplimiento de una obligación jurídica dispuesta por una norma estatal (en desarrollo, se entiende, de una competencia que le sea propia)⁵⁶, resulta reprobable, e incluso alarmante, que el Tribunal Constitucional conceda eficacia jurídica al reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia por parte de estos textos⁵⁷. Como es bien sabido, las profesiones colegiadas gozan de potestad reglamentaria para regular su propia actividad y los aspectos deontológico y disciplinario. Tal potestad reglamentaria queda limitada al desarrollo de los preceptos legales existentes sobre la materia; los reglamentos autónomos sólo tendrán cabida para la regulación de cuestiones concretas de carácter técnico-profesional⁵⁸. Es evidente, pues, que ni los códigos deontológicos ni los estatutos de estos colegios profesionales son «fuentes» adecuadas para la creación «ex novo» del derecho a la objeción de conciencia (farmacéutica, en este caso). Como señalara la magistrada Asúa en su voto particular discrepante, «resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos estatutos colegiales no pueden crear “ex novo” derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley»⁵⁹. También el magistrado Valdés afirmaría, en el mismo sentido, que:

Los estatutos y códigos podrán establecer lo que las respectivas corporaciones tengan por conveniente, pero (...) sus previsiones se habrán de desarrollar de conformidad con lo que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico⁶⁰.

55 STC 145/2015 (FJ 5).

56 Sobre el particular, puede consultarse P. GONZÁLEZ SAQUERO, *op. cit.*, p. 266 y ss.

57 Sobre este asunto, véanse: P. GONZÁLEZ SAQUERO, *op. cit.*, pp. 270-271, y M. ALENDA SALINAS, «La píldora del día después: su conflictividad jurídica como manifestación de la objeción de conciencia farmacéutica», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, p. 19.

58 Pueden consultarse J. GÁLVEZ MONTES, *La organización de las profesiones tituladas*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 250-251, y J. M. SÁNCHEZ SANDINOS, *Los Colegios Profesionales en el ordenamiento constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 270.

59 Voto particular discrepante de la magistrada Asúa Batarrita a la STC 145/2015.

60 Voto particular discrepante del magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhiere el Magistrado Xiol Ríos, a la STC 145/2015.

Sorprendentemente, por el contrario, el Tribunal Constitucional no hace referencia alguna en esta sentencia a la diversa normativa que sí era de aplicación, como sucedía con ciertos derechos esenciales que resultaban incididos en el asunto que nos ocupa. Sobre ello han llamado también la atención sendos votos discrepantes. La STC 145/2015 no alude ni a la Ley 29/2006, de Garantía y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, ni tampoco a la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, en las que se establece sin ambages la obligación del farmacéutico. Ni siquiera se menciona el concreto Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia en Andalucía, ni la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, por la que se actualiza el contenido del anexo del Decreto 104/2001, cuya infracción fue la que ocasionó la sanción «ab initio» del recurrente, como cotitular de la farmacia en la que no se disponía de las existencias mínimas establecidas de píldoras poscoitales y preservativos. Finalmente, tampoco parece justificada la omisión en la STC 145/2015 de toda mención al caso Pichon y Sajous c. Francia, tantas veces invocado por todas las partes del proceso, y en el que el TEDH justamente inadmitiría una demanda similar de dos farmacéuticos sancionados.

5. EL LEGISLADOR Y LA LEGITIMACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FARMACÉUTICA

A la luz de cuanto antecede, no pueden compartirse los fundamentos que han servido al Tribunal Constitucional para otorgar el amparo al recurrente⁶¹. Algunos

61 Diversos autores, entre la doctrina científica, habían apuntado a los argumentos señalados ahora por la STC 145/2015, y a algún otro, para justificar la objeción farmacéutica. Algunos la consideraban ya legitimada *ex* artículo 16.1 CE, otros habían invocado, como ya se ha visto, el reconocimiento por parte de códigos deontológicos y normas autonómicas, y otros, en fin, habían entendido que el farmacéutico podía negarse a dispensar la píldora poscoital en ejercicio de la causa de justificación prevista en la propia Ley 29/2006, cuyo artículo 101.2, b excluye de la sanción por la negativa a dispensar el medicamento el supuesto de que concurra una causa justificada. En sentido contrario, puede afirmarse que las convicciones personales del farmacéutico, obviamente, no tienen cabida entre las causas justificadas a las que se refiere este precepto. Sea como fuere, entre estos últimos autores se encuentran P. VILLAREAL SUÁREZ DE CEPEDA, «La objeción de conciencia del farmacéutico en relación con los métodos anticonceptivos y el aborto», *Derecho y Opinión*, núm. 1, 1993, pp. 129-130; M. ALENDA SALINAS, *op. cit.*, p. 21; J. LÓPEZ GUZMÁN, *Objeción de conciencia farmacéutica*, Ediciones Internacionales Universitarias, Navarra, 1997, p. 118 y ss.; y A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud», en M. J. ROCA (coord.), *Opciones de conciencia: propuestas para una ley*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 309-310.

de estos argumentos sí podrían servir, en cambio, como razones a tener en cuenta por el legislador democrático para valorar la conveniencia de legitimar normativamente el supuesto de objeción farmacéutica. En efecto, aunque no pueda hablarse en este caso de un conflicto de conciencia objetivamente grave, el legislador, en ejercicio de su función de promoción del derecho fundamental a la libertad de conciencia, podría legitimar el supuesto de objeción, si con ello no resultaran lesionados los derechos que deben garantizarse en cumplimiento del deber de disposición y dispensación del medicamento.

A decir verdad, no tengo clara la conveniencia de la legitimación por vía legislativa de este supuesto de objeción. Existen algunos argumentos plausibles a favor de su reconocimiento por el legislador, a los que, paradójicamente, debe sumarse la propia STC 145/2015, puesto que la regulación de la objeción sería una manera óptima de solventar la inseguridad jurídica generada por esta sentencia. Lo que no acierto a apreciar es si esas razones pesan más que los argumentos, también muy juiciosos, que existen en contra de su legitimación. Como quiera que sea, aunque este aspecto del debate escapa al objeto de estas líneas, interesa dejar apuntadas algunas reflexiones sobre una eventual regulación legislativa de la objeción de conciencia farmacéutica.

Lo primero que cabría señalar es que, en el supuesto de que la objeción acabara siendo legitimada por el ordenamiento, no podría contemplarse como un derecho absoluto o incondicionado. Habría de ceder en algunos casos, lógicamente, en beneficio del derecho a la integridad física de la mujer y a decidir sobre su tratamiento, ligado éste a la obligación de dispensación (y previa disposición) del medicamento que recoge la Ley de Garantía y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

En España, el derecho a la asistencia farmacéutica se satisface por medio de una amplia red de oficinas de farmacia. Ello debería facilitar la conciliación de la libertad de conciencia del farmacéutico y los demás intereses constitucionales en liza. Las condiciones óptimas para que tanto farmacéuticos como usuarias vieran satisfechos sus intereses se darían en el contexto de un marco de convivencia en el que existieran tanto farmacéuticos objetores como no objetores, pues, ante una situación de concurrencia, estaría siempre asegurada la asistencia farmacéutica. Ahora bien, en un *hábitat* de convivencia en el que sólo hubiera farmacias objetoras podría no quedaría asegurada la dispensación de la píldora poscoital. Piénsese, por ejemplo, en un enclave rural, o un pueblo aislado de otros núcleos de población. No quedaría garantizado entonces el ejercicio real y efectivo del derecho de toda mujer usuaria a decidir sobre su tratamiento (art. 15 CE) y no debe olvidarse que los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 9.2 CE, están obligados a promover las condiciones para que las libertades individuales sean reales y efectivas.

Una fórmula equilibrada de la que podría servirse el legislador a tal fin sería la del establecimiento de un registro público de farmacéuticos objetores⁶². Este registro permitiría, en primer lugar, asegurar una distancia mínima entre farmacias objetoras y no objetoras, pero también constatar la eventual existencia de un número demasiado elevado de farmacias objetoras, en cuyo caso –entendiendo– no podría ejercerse la objeción, debiendo prevalecer el derecho de la mujer.

6. CONCLUSIONES

En la STC 145/2015 el Tribunal Constitucional no ha modificado su doctrina sobre la de objeción de conciencia general, que no puede ejercerse directamente a partir del derecho fundamental del artículo 16.1 CE. A salvo de la excepción que supuso el singular reconocimiento de la objeción de conciencia al aborto de la STC 53/1985, la posibilidad de incumplir cualquier otra obligación jurídica deberá estar previamente prevista por el legislador.

Lo novedoso de esta decisión es el reconocimiento del derecho del farmacéutico a ejercer la objeción de conciencia, a pesar de no haberse producido la necesaria «interpositio legislatoris». A tal fin, el Tribunal Constitucional consideraría legitimado al farmacéutico para ejercer el único supuesto de objeción –la objeción al aborto– que se ha considerado integrado en el contenido del artículo 16.1 y que puede ejercerse, por tanto, directamente «ex constitutione».

No comparto los argumentos ni el fallo de esta sentencia que, en mi opinión, cabría poner en entredicho por muy diversas razones, ya expuestas en las líneas que anteceden. De todas ellas, puede mencionarse ahora –por la importancia que revistió el argumento cuestionado para la resolución de la decisión– la relativa a lo inadmisibles que resulta la equiparación entre el conflicto de conciencia del médico que ha de realizar la práctica abortiva y la del farmacéutico que debe dispensar la píldora poscoital (y previamente disponer de la misma en las cantidades establecidas).

A mi juicio, resulta evidente que la STC 145/2015 es una solución de compromiso entre la posición de los magistrados encuadrables en la sección más progresista del Tribunal Constitucional, defensora –en este contexto– de la existencia de las objeciones de conciencia sólo legitimadas por el legislador y de la necesidad de garantizar la protección de los derechos de la mujer, y la posición de los que se sitúan

62 Debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la existencia de un registro público de objetores sería constitucional y la necesidad de inscribirse en el mismo para poder ejercer la objeción no lesionaría el derecho a no declarar sobre las propias convicciones (SSTC 160/1987 y 151/2014).

en la sección más conservadora, defensora de un derecho general a la objeción de conciencia como parte de las libertades ideológica y religiosa y de una protección absoluta de la vida humana en formación. Con todo, el contenido de los votos particulares emitidos —el concurrente del magistrado Ollero, ponente de la sentencia, y los discrepantes de la magistrada Asúa y del magistrado Valdés— evidencia también que la mencionada solución de compromiso no satisfizo a unos ni a otros.

Resumen

El presente trabajo examina la posible protección de la conciencia del farmacéutico al amparo del artículo 16.1 CE, ante el conflicto entre la obligación jurídica que se le exige y sus convicciones personales. Es la reciente y controvertida aportación del Tribunal Constitucional a la doctrina sobre la objeción de conciencia la que justifica esta reflexión tanto con carácter general como en relación con el concreto supuesto de la objeción farmacéutica, sobre la que versa la sentencia STC 145/2015. Antes que nada deberá darse respuesta a dos interrogantes: ¿alcanza el artículo 16.1 CE, a juicio del Tribunal Constitucional, para proporcionar directamente protección a quien se encuentre con un conflicto entre un deber jurídico y uno de conciencia? De otra parte, ¿ha modificado el Alto Tribunal su doctrina sobre el alcance de la objeción de conciencia, sobre su posible integración en aquel derecho fundamental? Seguidamente se analizará, pormenorizada y críticamente, el pronunciamiento del Tribunal en relación con el concreto supuesto de la objeción de conciencia farmacéutica.

Palabras clave: Libertad de conciencia. Objeción de conciencia. Píldora poscoital. Farmacéutico. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Abstract

This paper aims to examine the suitability of enlarging the scope of the freedom of conscience so that this right would be enough to protect the beliefs of someone to whom a legal duty violating those beliefs is demanded. The polemical Constitutional Court last decision on conscientious objection leads us to reflect about this issue, either generally and specifically with the pharmacists, referred in the judgement. First of all, we will have to answer two questions: is the freedom of conscience broad enough to encompass a right to refuse a legal duty due to personal conscience reasons? And secondly, has the Constitutional Court changed its previous position about this issue? Then we'll make a deep and critic exam of the Constitutional Court decision concerning the specific case of the pharmacist objection.

Keywords: Freedom of conscience. Conscientious objection. «Morning-after» pill. Pharmacist. Constitutional Court case-law.

Recibido: 2 de enero de 2016
Aceptado: 30 de marzo de 2016



Legislación





CRÓNICA DE LEGISLACIÓN EUROPEA

M^a LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga

SUMARIO:

1. Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio.
2. Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos de acusados en los procesos penales.
3. Directiva (UE) 2016/801, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación «au pair».
4. Directiva (UE) 2016/882, de la Comisión, de 1 de junio de 2016, que modifica la Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a los requisitos lingüísticos.
5. Directiva (UE) 2016/881/UE del Consejo, de 25 de mayo, que modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que respecta al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

Durante el primer semestre de 2016, se han aprobado en la Unión Europea importantes Directivas, relacionadas con el Derecho procesal de los Estados miembros, y con la libre circulación de investigadores, estudiantes y «au pair» de terceros países, al objeto de facilitar su formación. Igualmente, se han modificado otras dos, atinentes al nivel de exigencia lingüística prestadores de servicios en el sistema ferroviario, y al intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

1. DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO Y DEL CONSEJO, DE 9 DE MARZO DE 2016, POR LA QUE SE REFUERZAN EN EL PROCESO PENAL DETERMINADOS ASPECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y DEL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO

La Directiva se fundamenta en los arts. 47 y 48 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y el art. 11 de la De-

claración Universal de los Derechos Humanos. En todos estos textos se reconoce el derecho a la presunción de inocencia y a un juicio justo.

Con esta Directiva se avanza en un intento que la Unión Europea viene desarrollando desde hace tiempo, relativo a la aproximación entre las legislaciones procesales de los Estados, para que faciliten el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, con la intención de unificar en lo posible los ordenamientos jurídicos estatales. Tal unificación contribuye sin duda a la cooperación judicial imprescindible para el tráfico jurídico de la Unión, en la medida en que favorece la legitimidad de las resoluciones judiciales de los Estados miembros, al entender que están dentro de los parámetros de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, que defiende la Unión. En nuestro caso, la fortaleza del art. 24.1 CE con la consideración del derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho fundamental a la presunción de inocencia dentro de este mismo artículo, en el párrafo segundo, favorece esa relación de confianza constitucional, aunque el TEDH ha formulado advertencias en materia de garantías penales, que han aconsejado la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en dos leyes, con las que el legislador español ha reforzado las garantías del proceso penal.

Comoquiera que una buena parte de esta Directiva se ha ido tramitando de forma paralela en nuestro derecho interno, con reformas importantes de nuestras leyes procesales, damos cuenta de estas modificaciones, que ya no exigirán por parte del Estado español, ninguna otra modificación legislativa.

Esto exigirá la mención a otras Directivas, relacionadas con el proceso penal, como la Directiva 2010/64/UE, la Directiva 2012/13/UE, y la Directiva 2013/48/UE, cuya recepción por parte del Estado español ha sido conjunta.

La primera es la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho de interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

La segunda es la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El Preámbulo de la Ley señala la importancia de tener en cuenta los arts. 18 y 24 CE en orden al proceso penal, por la implicación que ciertos actos procesales sostienen con estas normas constitucionales, y en este sentido, la necesidad de afrontar reformas como las que la Ley contiene. Esto conlleva la modificación del art. 118 de la LECr

acerca de la designación letrada para la asistencia a la persona detenida, con garantía del secreto de las comunicaciones entre el investigado y su letrado, así como de las limitaciones que concurran en supuestos de sospecha de que el abogado haya podido participar en el delito. Así, el art. 118.4 dice que «Todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial. Si estas conversaciones o comunicaciones hubieran sido captadas o intervenidas durante la ejecución de alguna de las diligencias reguladas en esta ley, el juez ordenará la eliminación de la grabación o la entrega al destinatario de la correspondencia detenida, dejando constancia de estas circunstancias en las actuaciones.» De esta situación general, hay que excepcionar la situación en la que «se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado, en la comisión de otra infracción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Penitenciaria.» (parágrafo 3 del art. 118.4).

En el mismo sentido, el art. 520 LECr se modifica para garantizar que las detenciones se produzcan con garantía de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen del detenido a fin de no hacer más gravosa su situación personal. Así, se modifican los apartados 1,2,3,4,5 6 art. 520 y se introducen nuevos apartados, el 2 bis, y el 7 y 8. El apartado 1 exige que «la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quiénes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información».

En el punto 6 se contiene una modificación que puede ser interpretada como una lesión del art. 15 CE. Dice la norma: «c) Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación del consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten. Si el detenido opusiera resistencia a la recogida de muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas, mínimas imprescindibles, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

La prisión incomunicada, regulada en el art. 527 LECR se revisa para adecuarla a las exigencias de la Directiva 2013/48/UE, modificando este artículo.

En la intervención de la correspondencia escrita o telegráfica, se dice que el juez podrá acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, in-

cluidos faxes, buro faxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancias relevante para la causa, siempre que la investigación tenga por objeto uno de los siguientes delitos: 1º delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión. 2º delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. 3º delitos de terrorismo.

La interceptación de las comunicaciones telemáticas se regula otorgando al juez la capacidad de determinar su alcance, y mediante un plazo de tres meses susceptible de ampliación, de tres en tres, hasta un máximo de dieciocho. Los dispositivos electrónicos utilizados en el seguimiento y localización de las personas sobre las que se obtendrá esa información, han de ser asimismo controlados por el juez.

Art. 588 bis a) regula los principios comunes a la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos. Dentro de los principios rectores destaca el 5 que hace referencia al criterio de proporcionalidad que ha de regir en las medidas de investigación. En tal sentido, «sólo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, las intensidades de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho».

Finalmente esta ley modifica un término, el de imputado, que considera peyorativo para el presunto delincuente, y pasa a llamar investigado. Entiende el legislador el primer término peyorativo y estigmatizador.

2. DIRECTIVA (UE) 2016/800 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE MAYO, RELATIVA A LAS GARANTÍAS PROCESALES DE LOS MENORES SOSPECHOSOS DE ACUSADOS EN LOS PROCESOS PENALES

En los últimos años se ha producido en Europa, y por las mismas razones, en nuestro ordenamiento jurídico estatal, una proliferación normativa en torno a los derechos de los menores, consecuencia sin duda de la toma de conciencia de la nece-

sidad de protección del menor en todas aquellas situaciones, en la que por la gestión de intereses de terceros, se produce una desprotección como efecto colateral. Así, en las situaciones de divorcio, en las conductas escolares, o la protección del tráfico de pornografía infantil.

La Unión Europea muestra su preocupación por la situación de los menores en los procesos judiciales penales, en los que puedan resultar perjudicados.

A esta preocupación obedece la Directiva que analizamos, al establecimiento de las garantías procesales que han de observarse en estos procesos penales, para facilitar un juicio justo, evitar su reincidencia y fomentar su inserción social.

Al mismo tiempo, la Unión intenta avanzar en la posición que viene planteando desde hace algunos años, respecto de la facilitación del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los diferentes países, de manera que se progrese en la unificación de los sistemas judiciales de todos los estados.

A tal fin, la Directiva tiene como objeto el establecimiento de unas normas mínimas comunes respecto de los procesos en los que esté implicado un menor, así como al procedimiento de la orden de detención en estos supuestos.

Será de aplicación a los menores sospechosos o acusados en procesos penales, en cualquiera de las fases del proceso penal, a partir del momento de su detención por un Estado miembro.

Define la Directiva que se entiende por menor a toda persona de menos de 18 años. No obstante, establece algunas consideraciones respecto de la edad. En primer lugar, en el caso de que se cumplan los 18 en un proceso todavía en tramitación, se seguirá aplicando la Directiva, con un arco de edad entre los 18 y los 21 años, en los que debe decidir cada estado si ésta no se aplica después de los 21 años, en función de la vulnerabilidad y madurez de la persona de que se trate. Igualmente en los casos de duda sobre si la persona ha alcanzado ya los 18 años o no, se presumirá que es menor.

La Directiva no afectará a las normas nacionales por las que se establece la edad para la responsabilidad penal.

El art. 4 establece un conjunto de derechos de información, que deben serle facilitados a un menor al momento de su detención: Que sea informada la persona que sobre él ostente la patria potestad, pudiendo acompañarle a todas las actuaciones procesales que deriven de la acusación, su derecho a asistencia letrada, derecho a la protección de su vida privada, derecho de asistencia jurídica gratuita. En relación con otros derechos como la salud, a un reconocimiento médico, incluida la asistencia que precise, o a la limitación de la medida de privación de libertad en función de las circunstancias que concurran, así como a un trato específico en relación a su edad.

El derecho del menor a que el titular de la patria potestad que sobre él se ejerce sea informado, se suplirá en otra persona en aquellos casos que pueda surtir efectos contrarios al interés del menor, no sea posible localizar al titular o se desconozca su identidad, o por determinadas circunstancias, se pueda comprometer el proceso en curso. Esta persona sustituta del que tiene la patria potestad, podrá ser una autoridad o institución responsable de la protección y bienestar de los menores.

Respecto de la asistencia letrada, ésta debe darse a la mayor celeridad, pero en todo caso antes de ser interrogados por la policía u otras autoridades judiciales, en la fase de investigación para la obtención de pruebas, desde luego, cuando hayan sido privados de libertad, o citados para alguna diligencia judicial, de manera inmediata. La persona que desempeña la asistencia letrada podrá entrevistarse de manera privada con el menor, y comunicarse con él, incluso con antelación a la citación o interrogatorio de la policía. Podrá igualmente participar en ese interrogatorio de cuya intervención quedará constancia en el acta que al efecto se expida. La asistencia letrada se extiende a las ruedas de reconocimiento, careos o reconstrucciones de hechos.

Toda comunicación entre menor y la persona que desarrolla la asistencia letrada será confidencial, ya se trate de reuniones, correspondencia o contacto telefónico o de cualquier orden. Se podrá efectuar alguna excepción a esta asistencia según las circunstancias del caso, pero nunca ante la detención o en la vista previa a esta para acordar la medida.

En lo que se refiere a la evaluación individual, se efectuará sobre los siguientes parámetros: la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, y cualquier otra variable que se considere de especial vulnerabilidad. Esta evaluación servirá para determinar si hay que adoptar alguna específica medida a favor del menor así como para evaluar las medidas cautelares o decisiones acerca de él.

El reconocimiento se debe llevar a cabo sin dilación, y debe abordar tanto la salud física como mental, de la manera menos invasiva posible y por personal cualificado. Sus conclusiones se consignarán por escrito y se repetirá y prestará asistencia médica cuando fuera necesario.

Los interrogatorios serán preferentemente grabados por medios audiovisuales, o en todo caso, se extenderá un acta.

En relación con la privación de libertad del menor, se deberá restringir al máximo, debiendo buscarse otras medidas alternativas, separados de las personas adultas, salvo cuando pudiera ser beneficioso para él, con respeto a su intimidad, creencias, educación y formación, de manera que las medidas sean en todo momento proporcionadas a su situación.

La tramitación de estos procesos será preferente y urgente, las vistas serán cerradas al público, y tendrán la posibilidad de ser oídos y participar activamente en el juicio.

El plazo de recepción de la Directiva será hasta el 2019.

3. DIRECTIVA (UE) 2016/801, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 11 DE MAYO, RELATIVA A LOS REQUISITOS DE ENTRADA Y RESIDENCIA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES CON FINES DE INVESTIGACIÓN, ESTUDIOS, PRÁCTICAS, VOLUNTARIADO, PROGRAMAS DE INTERCAMBIO DE ALUMNOS O PROYECTOS EDUCATIVOS Y COLOCACIÓN «AU PAIR»

La finalidad de la Directiva es la de facilitar a estudiantes, voluntarios e investigadores de terceros países los trámites burocráticos para la estancia en periodos superiores a los treinta días. Así lo dice el art. 1 en el que se delimita su objeto a los requisitos de entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros, con estos fines. En el ámbito de aplicación se excluyen de la Directiva, los supuestos de protección internacional sujetos a la Directiva 2011/95/UE, que regula la posición de los refugiados o apátridas, o a la Directiva 2001/55/CE, que regula la protección temporal en los casos de afluencia masiva. También las expulsiones basadas en razones de hecho o de derecho, o a aquellos familiares que ya gozan del derecho de libre circulación por la Unión, o sus estados tengan establecidos convenios bilaterales entre estados, nacionales de terceros países de larga duración acogidos a la Directiva 2003/109/CE, que vengan a la Unión como trabajadores en formación en el marco de un traslado intraempresarial, o sean admitidos como trabajadores altamente cualificados de conformidad con la Directiva 2009/50/CE.

Esta Directiva constituye un mínimo que puede ser mejorado por los estados en virtud de acuerdos, que al menos integren los requisitos aquí establecidos, y tampoco impide que de manera unilateral, algunos países de la Unión mejoren estas condiciones.

Tampoco se afectan por la Directiva los niveles de admisión de los Estados, que pueden ser libremente fijados por cada uno de ellos en función de sus intereses y necesidades.

La Directiva exige unos requisitos generales y otros específicos de cada situación. Los generales son la presentación de un documento de viaje, solicitud de visado si procede, o permiso de viaje, con una estimación de la duración de la estancia

prevista. Acreditar que se ha suscrito un seguro de enfermedad, el pago de las tasas que el estado potestativamente puede exigir, y la prueba de tener suficientes recursos económicos para sufragar su estancia. En este sentido se deja al arbitrio de cada estado el establecimiento de la cantidad que estime necesaria. El solicitante deberá facilitar una dirección de su país de origen, y también aquí se deja un margen de exigencia a los Estados. Finalmente, en lo que se refiere a la denegación de esta solicitud, se podrá tener en cuenta que su admisión pueda constituir una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Los requisitos específicos, para los investigadores, exigen la presentación de un Convenio o contrato, en relación con la investigación a realizar, y el compromiso del organismo de investigación a asumir los gastos que se deriven de la estancia de esta persona con carácter subsidiario, durante un tiempo máximo de seis meses.

El Convenio de acogida firmado por este organismo de investigación, contendrá al menos los siguientes extremos: el título de la actividad de investigación, el compromiso del país de origen de completar la actividad de investigación, y del organismo de llevarla a cabo igualmente, las fechas de realización de esa actividad, y las condiciones de trabajo del investigador. La Directiva responsabiliza de manera importante al organismo de investigación del seguimiento de la actividad investigadora, así como de su paralización, de la que deberá informar a las autoridades competentes.

También se regulan condiciones específicas para estudiantes y alumnos en orden a la exigencia del abono de las matrículas, aceptación por parte de los centros educativos, y condiciones de alojamiento. Y respecto de las prácticas, de las que se exigen detalles como la duración, formación lingüística y condiciones de realización.

En lo que respecta al voluntariado, los requisitos son similares, solo que referidos a la entidad de acogida, condiciones del programa, horas de trabajo voluntario, o alojamiento.

En el caso de los «au pair», igualmente se debe presentar un acuerdo entre la familia y el solicitante, en orden a los derechos y obligaciones respectivos, y la aceptación de los costes de estancia por parte de esa familia o entidad intermediaria. Se señala una jornada de trabajo no superior a las 25 horas semanales y un día libre a la semana de la liberalización de las tareas.

Los periodos de duración de la autorización lo serán de un año renovable, si se cumplen determinadas exigencias reguladas en el art. 21 de la Directiva.

En relación con el status de estas personas, se ha de cumplir el principio de igualdad de trato, que el art. 22 establece como exigencia, facilitando además su inserción en el mercado de trabajo de ese estado, a cuyo fin, podrán permanecer en el territorio del Estado miembro durante nueve meses como mínimo.

En el art. 26 se fija la posibilidad de que los miembros de la familia del investigador puedan reunirse con éste, según los requisitos regulados en la Directiva 2003/86/CE. También el investigador podrá moverse libremente por los Estados de la Unión al objeto de realizar parte de la investigación, para lo que los Estados afectados, mantendrán una relación de colaboración. Igual posibilidad, con algunas matizaciones, tienen los estudiantes.

La transposición de la Directiva deberá llevarse a cabo antes del 23 de mayo de 2018, y finalmente, el art. 41 de esta Directiva, deroga las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE, que hasta ahora regulaban la materia.

4. DIRECTIVA (UE) 2016/882, DE LA COMISIÓN, DE 1 DE JUNIO DE 2016, QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2007/59/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, EN LO QUE RESPECTA A LOS REQUISITOS LINGÜÍSTICOS

La Directiva 2007/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre certificación de los maquinistas de trenes en el sistema ferroviario de la Comunidad, modifica la anterior Directiva, eliminando bajo determinadas condiciones la exigencia del nivel B1 lingüístico como requisito para estas categorías profesionales, puesto que en el caso de estaciones fronterizas representa una carga innecesariamente gravosa.

El art. 1 modifica el anexo, en el que figuraba esa exigencia, consistente en una prueba lingüística, referente a ese nivel del conocimiento, estableciendo en él las excepciones y condiciones precisas.

El art. 2 en consecuencia, considera que los maquinistas que hayan obtenido o vayan a obtener la licencia prevista en la Directiva 2007, con anterioridad a 1 de julio de 2016, cumplen los requisitos, sin que tengan que optar a convalidación con ésta.

Y el art. 3 exige a los estados miembros, la adopción antes del 1 de julio, de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en esta modificación.

5. DIRECTIVA (UE) 2016/881/UE DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO, QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 2011/16/UE EN LO QUE RESPECTA AL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO OBLIGATORIO DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA FISCALIDAD

Finalmente, esta Directiva, pretende avanzar en la lucha contra el fraude fiscal y la evasión de capital, mediante un intercambio de información que permita los Es-

tados miembros conocer detalles de las operaciones financieras realizadas por grupos de empresas multinacionales.

Las modificaciones atañen:

Al art. 3,9 de la Directiva anterior que ahora no exige solicitud previa de los estados interesados, sino que la comunicación se llevará a cabo automáticamente.

A la adición de un art. 8 bis en el que se regulan las condiciones de ese intercambio automático de información.

Al art. 16 al que se añade un nuevo apartado acerca de los límites de ese derecho y el uso que los estados pueden hacer de él.

Al art. 20 que establece el plazo para poner en marcha esta mecánica de funcionamiento entre los estados con anterioridad al 31 de diciembre de 2016.

Al art. 21 a los medios electrónicos y utilización de la red CCn para la transmisión de datos.

Al art. 23, que se modifica en su apartado 3 acerca de la evaluación de los resultados.

Al art. 25 reforzando las medidas sancionatorias.

Y al art. 26 en lo que se refiere al procedimiento.

El plazo de adaptación para los estados respecto de estas modificaciones será hasta el 4 de junio de 2017.

Resumen

La crónica de este semestre atiende a una serie de Directivas que se ocupan de reforzar la presunción de inocencia y del derecho a estar presente en el juicio; las garantías procesales de los menores sospechosos de acusados en los procesos penales; los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación «au pair»; los requisitos lingüísticos en ciertas profesiones; el intercambio automático obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad.

Palabras clave: Presunción de inocencia, entrada y residencia, requisitos lingüísticos, intercambio de información fiscal.

Abstract

This semester the chronicle takes account of several Directives: on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings; the procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings; the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of research, studies, training, voluntary service, pupil exchange schemes or educatio-

nal projects and au pairing; on language requirements; on mandatory automatic exchange of information in the field of taxation.

Keywords: *Presumption of innocence, entry and residence, language requirements, exchange of information in the field of taxation.*

Recibido: 30 de mayo de 2016

Acceptado: 6 de junio de 2016





Foro





LA FINANCIACIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR: ENTRE TANGOS Y MILONGAS*

JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Granada

SUMARIO:

1. Algunas milongas...
2. Hablemos de tangos.
3. De cuando las milongas se convierten en tangos.
4. Bibliografía citada.

Me corresponde el inmenso honor de dirigirme a todos ustedes, desde esta histórica cátedra, para dictar la magistral en el acto central con el que conmemoramos al ilustre doctor en derecho civil y canónico, autor de las «Decretales», que, por su pericia, humildad, rectitud y sabiduría, reconocemos como patrón de los estudiosos en leyes.

Honor, puesto que en este acto distinguimos a la faceta más noble de la institución universitaria que parte del estudio y de la investigación para proyectarse sobre la transmisión y generación de los conocimientos, la tan denostada docencia, nuestra razón de ser, nuestro oficio y nuestra vocación.

Es cierto que quien pronuncia estas palabras no aporta más mérito que la resistencia, la biológica y la vocacional, pues solo el dudoso criterio de la antigüedad me ha convocado esta mañana ante ustedes, pero también es cierto que en los tiempos que corren, con el desprestigio exógeno y endógeno de nuestro oficio, la resistencia no es solo un valor, sino toda una declaración de principios.

Hace tres décadas, más el azar que una prematura vocación, me condujo a atravesar las columnas abalaustradas de la puerta principal de este edificio San Pablo para iniciar mis estudios de Derecho. Poco queda de aquel mozalbete de pelo negro y de ingenuas aspiraciones en el doctor que tienen ustedes a la vista. La mochila repleta de años y rebosante de gratitud. Son interminables los acreedores que he recopilado

* Texto de la conferencia pronunciada con motivo de la festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrón de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, enero, 2016

a lo largo de mi camino: compañeros, maestros, discípulos, amigos, no tan amigos, a todos les debo lo que soy, y hoy, un sincero reconocimiento.

No sería posible y en absoluto aconsejable –yo presumo de ser simple y breve, y ustedes están esperanzados en que lo demuestre– que ni tan siquiera cite a las personas que han marcado mi vida, que es la universitaria, en esta Facultad y en esta Universidad de Granada. A muchas de ellas les debo gratitud, y a bastantes les debo disculpas. A las primeras, gracias por hacerme mejor persona, a las segundas, gracias por hacerme ver que aún no lo he conseguido.

No obstante, no quiero ni debo dejar de nombrar a dos de ellas que son las culpables de que me encuentre hoy entre todos ustedes, como universitario y como persona. Al doctor Eserverri, que encarna al maestro en el sentido más noble del término, y a la doctora González, que es la acreedora de mis pocas virtudes y la sufridora de mis innumerables defectos.

Soy consciente del auditorio, he pertenecido a él, como alumno, como profesor y como gestor y, en consecuencia, no he sucumbido a la tentación de torturarles con algún tema pretendidamente científico de mi presunta especialidad, o quizás sí, puesto que si el Derecho es la forma más noble de solucionar las controversias humanas, el Derecho Financiero y Tributario es el más ajustado instrumento para conseguir los objetivos que nos hemos trazado como grupo social organizado. Y desde su estudio se pueden avanzar algunas claves que nos ofrezcan luz sobre este pretendido túnel de la financiación del llamado Estado del bienestar.

Les hablaré de «tangos», también de algunas «milongas»...

Puedo cometer la osadía de parafrasear a Gardel «Por una cabeza de un noble potrillo/ Que justo en la raya afloja al llegar/ Y que al regresar parece decir:/ No olvides, hermano vos sabés, no hay que jugar...», pero no me apuntaré a la milonga post electoral de decirle al público lo que el público quiere oír. Por generación, aunque soy merengue de corazón, de oído prefiero a Serrat –me perdone mi paisano Sabina– y permítame el foro que desde el fuero que me otorga esta cátedra comience la magistral significándoles, con el barcelonés-culé, que «nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio».

Quizás convenga comenzar por el final estableciendo algunas premisas que nos sirvan de punto de partida:

En primer lugar, es conveniente recordar –recordarnos– (aunque sorprenda a los más jóvenes –el denominado progreso tecnológico ha enterrado mucha de nuestra historia–) que el llamado Estado del bienestar no es un elemento intrínseco del iusnaturalismo, es una conquista ambiciosa de nuestra sociedad que hemos decidido alcanzar a costa de renunciadas, de intervención pública –en forma coactiva– en los pa-

trimonios individuales. El Estado del bienestar –que forma parte del Estado Social de Derecho que acoge el artículo primero de nuestra Constitución¹– precisa de un sistema tributario, mejor, de un sistema fiscal potente. Solo así podemos consolidar políticas sociales, pero hemos de entender que para desarrollarlas e implementarlas con calidad hemos de precisar su coste y las posibilidades que tenemos, como grupo social, para financiarlo.

Para avanzar en la consolidación de nuestro Estado de bienestar, los objetivos trazados han de ser ambiciosos, han de competir con la lógica del mercado², pero han de ser también alcanzables. En este sentido, también hemos de comenzar señalando que si algo hemos de demandar de un sistema tributario –como instrumento– ha de ser que este sea suficiente y a la vez que sea justo. Y para que el sistema tributario sea

1 El Estado Social de Derecho, en palabras del doctor F. BALAGUER CALLEJÓN. (2002), –pp. 98 y ss.– además de un principio en el que confluyen referentes económicos, jurídicos, sociales y políticos, es el punto de referencia en torno al cual se articula todo un modelo de sociedad, en la que las leyes de la economía se someten al Estado de Derecho, para conseguir una Democracia Social material. Proceso de democratización a la que se abre nuestra Constitución, que supone la incorporación al proceso político de grupos sociales, anteriormente marginados, que promueven una progresiva intervención del Estado sobre la sociedad, de tal manera que «no se acepta, de partida, un planteamiento estrictamente economicista por el cual el desarrollo y la efectividad del Estado social como principio constitucional dependa exclusivamente de la última revolución tecnológica que se haya producido en Japón o en Estados Unidos, o de las necesidades de acumulación de capital en la fase del capitalismo monopolista», y aunque los contornos y los límites de este Estado social son necesariamente imprecisos «hay zonas de intervención del Estado y de igualdad social. La reivindicación de esas políticas y su activación forman parte también del significado histórico del Estado social como principio nuclear de una cultura constitucional de progreso, no sólo en la promoción de la igualdad sino también de la dignidad de la persona».

2 Como nos ponen de manifiesto los doctores J.L. MONEREO PÉREZ; J.A. MALDONADO MOLINA, y J.M. VIÑAS ARMADA, «el reconocimiento de los derechos sociales de ciudadanía ha supuesto un cambio sustancial..., al restringirse la lógica del mercado en la regulación de la protección social a través del acrecentamiento del intervencionismo público, aunque la expansión de los derechos sociales de ciudadanía está sufriendo un proceso de contención con el primado de la lógica de la racionalidad económica en la delimitación del alcance de los derechos –de integración social– y la calidad de los servicios, cuando no en creciente privatización. El elemento constitutivo esencial de la ciudadanía social es la realización de una política de bienestar social y de servicios sociales basados en la idea de que es preciso garantizar un mínimo de bienestar y una existencia digna de todos los ciudadanos y en especial de los más débiles, para lo cual es necesario que se interfiera en el funcionamiento del mercado libre, prestando servicios y realizando políticas de distribución de las rentas para alcanzar una real y efectiva integración social» (2002), p. 133.

suficiente y aspire a la justicia, el listado de objetivos que con él pretendemos sufragar ha de ser sostenible con independencia de los diferentes ciclos económicos por los que se atraviese. Y para consensuar objetivos financiados, el sistema tributario, además de suficiente y justo, ha de ser un buen instrumento de política económica que colabore al crecimiento que nos permita avanzar en la consolidación de nuestras conquistas. En consecuencia, nuestro sistema tributario ha de ser suficiente, justo y motor de crecimiento económico; nada más, nada menos³.

Por suficiencia hemos de entender sostenibilidad, y para ser sostenible hemos de presupuestar los objetivos en tiempos de bonanza, pero también –prioritariamente– en tiempos de crisis. La suficiencia no ha de ser anual, sino a medio y a largo plazo. El sistema ha de generar los recursos suficientes para hacer frente al gasto público en momentos de crisis, en los que será creciente al necesitar más gasto social, mientras los ingresos muy posiblemente disminuyan porque la riqueza que los genera es menor. En estos momentos de crisis, si no hemos conseguido ahorrar (¡sí, ahorrar!) en tiempos de superávit⁴, posiblemente se pueda y se deba acudir a la deuda pública, es decir, al crédito para financiar nuestras mayores necesidades, pero el recurso a los tan denostados mercados –que no son otra cosa que nuestros financiadores–, debería ser coyuntural, no estructural⁵. ¡Qué tiempos en los que se enseñaba –así los aprendí– que los empréstitos públicos eran recursos financieros extraordinarios!

En segundo término, para conseguir la justicia en el sistema tributario, que ha de ser algo más que un conjunto yuxtapuesto de tributos, hemos de intentar que en su establecimiento, en su aplicación y en su eficiencia⁶ se proyecten los principios

3 *Vid.* Entre otros muchos en esta línea a V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE, y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), pp. 17 y ss.

4 Quizás convenga recordar que en el año 2007 nos encontrábamos con un superávit presupuestario del 1,92% del PIB –mientras que el promedio de la Eurozona era del 0.7%– y esto acontecía justo un año antes del inicio «oficial» de la crisis financiera que había comenzado en 2007 por el problema de las hipotecas «subprime» en EEUU, crisis financiera que inmediatamente se convierte en una crisis económica causada por el cierre de las fuentes de financiación por parte de las entidades financieras a empresas y particulares.

5 Lo anterior supone que la suficiencia del modelo exige que en las fases alcistas del ciclo económico –antes de ampliar nuestro catálogo de objetivos alcanzables– dediquemos el exceso de ingresos para amortizar la deuda pública a la que hemos tenido que acudir en momentos de crisis. No estaría de más, que igualmente se pensara en la sostenibilidad futura de los servicios ya creados en los momentos bajistas de los ciclos económicos. En esta misma línea V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE, y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), pp. 17.

6 Como hemos señalado en otro lugar, un análisis mínimamente riguroso de la llamada justicia tributaria no solo ha de realizarse desde el prisma de los principios materiales y formales proclamados

constitucionales de justicia tributaria⁷. La Constitución y los principios que en ella se contemplan tampoco forman parte de un iusnaturalismo innato que tenemos como especie, son fruto del consenso que hemos logrado, como grupo social organizado, para conseguir los objetivos que también hemos consensuado⁸.

En otras palabras, que el sistema sea justo, según hemos decidido, supone que los sujetos con mayor capacidad económica soporten mayor carga tributaria, es decir, que el reparto del sacrificio, para conseguir la verdadera igualdad, sea desigual, lo que significa que sea redistributivo. Para ello, el sistema tributario —es decir, el conjunto de los tributos que lo componen— ha de alcanzar dichos principios, aunque no se logren en todos y cada uno de los tributos. En consecuencia, un sistema impositivo óptimo⁹ sería aquel que proyectado para unos objetivos recaudatorios y redistributivos prefijados obtuviese el logro de los restantes objetivos marcados, teniendo en cuenta las restricciones que imponen el contexto económico y político y la disponibilidad de la información¹⁰.

En tercer lugar, conviene que no solo pretendamos ser justos, sino que en la medida de nuestras posibilidades seamos también, como grupo, inteligentes. Y para ello, no deberíamos obviar que la distribución de la renta no solo es positiva desde el punto de vista de justicia social, sino también desde el punto de vista económico: la equitativa distribución de la renta, además de paz social, genera mercado, mercado estable, uniforme, mercado capaz de generar nueva riqueza sobre la que profundizar en los ingresos necesarios para hacer sostenibles nuestros objetivos y avanzar en su desarrollo.

para nuestro sistema tributario en la Constitución. Es imprescindible, además, un estudio sobre el nivel de eficacia y de eficiencia del sistema en su conjunto y de cada una de las medidas que lo componen. J. LÓPEZ MARTÍNEZ, (2014), p. 25 y ss.

7 Es preciso, que destaquemos la necesidad de la perspectiva constitucional para dar contenido a las categorías básicas del Derecho Financiero o lo que es lo mismo un análisis del Derecho Financiero como Derecho Constitucional. A. AGUALLO AVILÉS (2001), pp. 51 y ss.

8 Y los principios constitucionales sobre la justicia han de actuar como límites al ejercicio del poder financiero y han de hacerlo con entidad propia, no han de ser visualizados como una simple figura retórica, «una metáfora con la que se quiere hacer referencia a un conjunto sistemático de principios aplicables, como conjunto, a toda la materia financiera, tanto en su vertiente del ingreso como en la de los gastos, sin perjuicio de que cada uno de estos principios, por su respectivo significado y contenido, pueda tener, por separado un alcance parcial o sectorial» L. SÁNCHEZ SERRANO (1997), p. 257.

9 Que ha de ser entendido como aquél que tenga en cuenta, y que a su vez descansa, en cuatro pilares básicos: contexto económico y político; objetivos que se pretenden alcanzar, las restricciones de información y los objetivos instrumentales. J. MIRRLEES (1971), p. 175.

10 J. VIÑUELA DÍAZ (2013), p. XXV.

Copiar no siempre es malo. Quizás debamos hacerlo de las sociedades más avanzadas –no solo en renta per cápita– que son aquellas con mayor distribución de renta¹¹.

En cuarto lugar, conviene no olvidar –y lo hacemos con enojosa frecuencia– que la intervención del ente público en la redistribución de la renta también se realiza, simultáneamente, en el diseño de las políticas de gasto, subvencionando con más o menos intensidad a las necesidades colectivas, ofreciendo más o menos servicios públicos, de forma gratuita o a coste inferior al mercado en función de los diferentes niveles de renta.

En consecuencia, cuando hablamos de sistema fiscal justo, hemos de hablar de la justicia en el ingreso y de la justicia en el gasto, para que la aplicación de los instrumentos ideados para la consecución de las necesidades públicas sea lo más eficiente posible¹². Eficiente, en consecuencia, desde el punto de vista de lograr un Estado del bienestar sostenible y coincidente con los objetivos marcados por el grupo social organizado.

Llegados a este extremo, seamos sinceros, no nos hagamos trampas al solitario. Hace ya bastante tiempo traspasamos el umbral de la inteligencia como grupo social con gobiernos de ambos colores políticos: (a mí, que la edad me ha ocasionado presbicia, me siguen pareciendo dos) por no diseñar los objetivos, por no valuar su coste, por no hacerlo sostenible, por penetrar –política y sociológicamente– en el todo gratis... El sistema tributario –mejor, el sistema fiscal– dejó de ser suficiente, dejó de ser justo y dejó también de colaborar para conseguir un mejor modelo económico productivo. Ello no quiere decir que el sistema se haya tornado en insostenible –quienes me conocen saben que soy un optimista patológico–, pero sí quiere decir, y quiero hacerlo con toda claridad, que o actuamos con decisión, urgencia e inteligencia, o puede llegar a serlo.

Y para ello, nada mejor que desmontar.

1. ALGUNAS MILONGAS...

Aquellos que por impericia o por convicción ideológica –a los primeros, habría que expulsarlos de sus tribunas por incompetentes, a los segundos, cuanto menos,

11 En parecida línea de planteamiento V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), p. 18.

12 «La situación ideal consistiría en disponer de un sistema fiscal en sus dos vertientes, ingreso y gasto público, que fuera lo más eficiente posible, tanto desde el punto de vista de su consideración de instrumento de política económica (sobre todo de cara al crecimiento económico estable), como desde el punto de vista de financiación de un Estado del bienestar con las pretensiones de los ciudadanos». V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), p. 18.

aplicarles la famosa defensa jurídica de Demi Moore en «Algunos hombres buenos»¹³ de «¡mentira, mentira cochina!»— han utilizado la excusa de la crisis para dismantlar los pilares del Estado del bienestar, bajo la coartada de que es insostenible, y que para «salvarnos/salvarse» no tenemos más remedio que adelgazar el Estado; estos han utilizado, de forma recurrente, los siguientes argumentos que desde el punto de vista científico —para asegurarlo no necesito probetas, los juristas tenemos también nuestros métodos y nuestras técnicas¹⁴— se pueden reputar como falsos, o al menos, no estrictamente ciertos.

1.1. *El Estado de bienestar es caro e insostenible*

Quienes así argumentan indican que el impacto de las crisis económicas en las arcas públicas es una consecuencia sistémica del Estado del bienestar. No obstante, ignoran u omiten que en aquellos países con mayor grado de bienestar —en general (y para visualizarlos a efectos de datos, en nuestro contexto macroeconómico), los países nórdicos— no solo son los que menos han sentido las crisis económicas, sino los que presentan unos niveles de deuda y de déficit (parámetros que se confunden también con frecuencia) muy por debajo del resto de los países de la Unión Europea —y no solo los del arco mediterráneo—. Conviene, en consecuencia, comenzar no uniendo miméticamente Estado de bienestar y déficit de las cuentas públicas.

Ítem más, frente a lo que usualmente se sostiene desde los sectores indicados, debemos afirmar, con datos, que los servicios esenciales que incorporamos como ejes del Estado del bienestar —educación, sanidad y servicios sociales— en la realidad española no representan unos costes especialmente altos. En 2008, año de inicio de la última crisis, el gasto de protección social por habitante y año se situaba en nuestro país 2000€ por debajo de la media de la Unión Europea y 1000€ por debajo de la Eurozona¹⁵.

1.2. *El tamaño del sector público es el responsable de los desajustes fiscales*

Nos encontramos ante otro de los recurrentes tópicos en virtud de los cuales el gran tamaño que ha alcanzado el sector público hace insostenible las cuentas públicas, de forma que solo nos salva adelgazarlo —«quitarle grasa»— para poder apuntalar

13 DIRECTOR: ROB REINER. 1992. EEUU.

14 Para los que aún dudan, recomiendo la lectura de J.L. PÉREZ DE AYALA (2001). *Montesquieu y el Derecho Tributario Moderno*.

15 A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 27.

la sostenibilidad del Estado del bienestar. Esta afirmación, además de errónea, es claramente tramposa. Utiliza la figura lingüística de la metonimia para visualizar su falta de argumentos.

Nuestro sector público puede ser ineficaz e ineficiente, puede abarcar objetivos no consensuados, en ocasiones claramente superfluos, puede haber sido utilizado como refugio o como trampolín de la corrupción personal o económica, esta es la parte, pero no podemos, ni debemos, confundirla con el todo. Ni todo el sector público es ineficaz e ineficiente ni sobra sector público, sobran aquellos que lo utilizan como coartada, desde dentro y desde fuera, para confundir los intereses colectivos con los de su propio patrimonio.

De nuevo conviene acudir a los recurrentes datos, y algunos son irrefutables: si medimos el tamaño del sector público utilizando los parámetros del planteamiento que pretendemos desmontar, en consecuencia, en función del peso del gasto público sobre el total del PIB, el gasto consolidado de todas las Administraciones al inicio de la última crisis, en España se encontraba 5 puntos por debajo del promedio de la eurozona y ha acabado 7 puntos por debajo de dicho promedio en el primer año de la pretendida salida de la crisis, denominada, del 2008¹⁶.

1.3. *El Estado de las Autonomías es insostenible*

Estamos ante otro de los argumentos recurrentes: se afirma que gran parte de los desequilibrios en nuestras cuentas públicas trae causa del sistema de organización territorial que nos hemos dado constitucionalmente y de su implementación, muy por encima de las propias previsiones constitucionales.

Comencemos por reconocer que la evolución de nuestro sistema de reparto de poder territorial desde la promulgación de nuestra actual Constitución ha alcanzado un altísimo nivel de descentralización. El profesor Ferreiro Lapatza, al poco tiempo de ser promulgada, ya nos advertía que «la Constitución Española establece un Estado cuya ordenación jurídica responde, sin duda, al principio federal del fraccionamiento vertical del poder»¹⁷, y ello era compatible con la ausencia de un verdadero

16 En efecto, el total del gasto público consolidado de todas las Administraciones representaba en España el 46,3% del PIB en 2009, porcentaje que se ha reducido al 42% en 2013 —último año del que disponemos de cifras fiables—, mientras que el promedio de la Eurozona ha pasado en el mismo periodo del 51,2 al 49%. Es importante destacar que con estos parámetros de cómputo, solo se sitúan por debajo de España en porcentaje de gasto público sobre el PIB, Luxemburgo, Malta, Estonia y Eslovaquia. Para un mayor desarrollo de cuanto aquí solo podemos dejar anotado recomendamos la lectura de LÓPEZ DÍAZ, A. (2014), pp. 27 y 28.

17 J.J. FERREIRO LAPATZA (1987), p. 29.

modelo territorial en la Constitución¹⁸. Quizás convenga, a estos efectos, recordar con el profesor Ramallo que la principal causa de que la financiación autonómica siga planteando las sempiternas incógnitas procede del carácter abierto del proceso de construcción autonómica desde el punto de vista competencial¹⁹, de forma que solo tras completar el mapa de transferencias se podría cerrar el de su financiación. Pero una cosa son los problemas de la financiación territorial de los entes públicos²⁰ y otra muy distinta que su financiación lastre el desajuste presupuestario y nos conduzca a un abultado endeudamiento que haga peligrar la sostenibilidad del propio Estado del bienestar.

Volvamos a los ilustrativos datos para desmontar, o al menos relativizar, la indicada afirmación: el nivel de gasto centralizado –si sumamos la Administración General del Estado y la Seguridad Social– puede situarse en torno a un 54%, mientras que el denominado gasto descentralizado corresponde en un 35 % al conjunto de la CCAA y un 11% a la Corporaciones Locales²¹. Teniendo en cuenta lo anterior, y añadiendo que en la participación en las cifras de déficit o deuda –si descontamos el porcentaje imputable a las medidas «one-off» del rescate bancario– en torno al 60 % corresponde al Estado (sin computar la Seguridad Social), un 30% se derivaría del déficit de las CCAA y un 0% –sic– a las CCLL, no se puede, ni se debe culpar, sin más, a la descentralización del Reino de España de las cifras de déficit o deuda²².

18 «lo que ha aportado algunas ventajas en el tránsito hacia el Estado Autonómico, como una mayor flexibilidad y una evolución progresiva y gradual sin transformaciones bruscas. Pero al mismo tiempo la denominada desconstitucionalización de la estructura territorial ha generado muchos problemas en diversos ámbitos, entre ellos en la propia configuración de las instituciones estatales y autonómicas». F. BALAGUER CALLEJÓN (2010), p. 20.

19 «...en la medida de que el sistema constitucional español –a diferencia de lo que ocurre en los sistemas federales cerrados– se fundamenta en el pacto bilateral de cada Comunidad Autónoma y el Estado y se instrumenta a través del mecanismo competencial de doble lista flexible de los arts. 148 y 149 CE, el proceso autonómico tiene un carácter abierto que implica que mientras no se cierre el mapa de transferencias no se podrá cerrar tampoco la financiación autonómica». J. RAMALLO MASSANET (1993), pp. 43 y 44.

20 Para el desarrollo de cuanto aquí simplemente dejamos apuntado, *Vid.* J. LÓPEZ MARTÍNEZ y A.M. LÓPEZ MOLINO, pp. 475-516.

21 Desde el punto de vista de los ingresos, a pesar de la evolución sufrida en los diferentes sistemas de financiación [Vid. in extenso, J. LÓPEZ MARTÍNEZ y A.M. LÓPEZ MOLINO (2014), pp. 329– 370], la descentralización aún resulta menor. Nos situamos, como nos recuerda A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 24, en un nivel de descentralización muy similar al que presentan países federales con tres niveles de gobierno (Alemania, Austria o Bélgica).

22 *Item* más, si nos limitamos a reflejar las cifras de la deuda pública en relación al PIB en torno a un 73% correspondería a la Administración Central, un 22 % a las CCAA y en torno a un 5% alas CCLL.

A mayor abundamiento conviene desmitificar la pretendida relación directa entre la descentralización de gasto y la estabilidad presupuestaria, ya que como nos pone de manifiesto el profesor López Díaz, los países que han sido intervenidos por la especial gravedad del desajuste de sus cuentas son los más centralizados de Europa, mientras que –con la excepción de España– lo más descentralizados, singularmente los nórdicos, no han tenido problemas graves en sus cuentas públicas, al menos desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria.

Cuanto aquí sostenemos no quiere decir que las especiales características del proceso de la descentralización territorial en España no genere inquietudes en la asignación del gasto e ineficiencias en su ejecución, pero sí quiere decir que la necesidad de abordar seriamente –una vez concluido el traspaso de competencias– un nuevo sistema de financiación territorial no avala, desde el punto de vista técnico, para sostener que la relación descentralización «versus» mayor déficit y deuda sea correcta, «más bien, la relación sería la inversa»²³.

1.4. *El enorme volumen de Empleo Público lastra la sostenibilidad del sistema*

Una vez más nos encontramos con una afirmación que a fuerza de ser reiterada forma parte del ideario de quienes, con la excusa de la crisis, pretenden socavar los pilares de lo público, eso sí, bajo la coartada de la defensa del Estado del bienestar.

De nuevo, algunos datos pueden situarnos en su dimensión real: el primer indicador que presentamos es aquel que pondera la relación del empleo público con el empleo total, indicador que sitúa los datos en España dos puntos por debajo del promedio de la OCDE, mientras que el porcentaje de representatividad del empleo público sobre el total de la población empleada en países como Dinamarca, Suecia o Finlandia es 15 puntos superior al español²⁴; el segundo indicador puede resultar

Es cierto, –como reconoce A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 25–, que para ser honestos hemos de tener en cuenta que estos últimos datos han de ser matizados puesto que buena parte de la deuda estatal se ha utilizado para financiar servicios o competencias que luego fueron trasferidos a las CCAA y CCLL, pero también hemos de indicar, que en los porcentajes señalados, sí se encuentra imputada a cada Administración territorial la cuantía de la deuda correspondiente a pagos a proveedores y a los fondos de liquidez. En consecuencia, teniendo en cuenta esta segunda perspectiva, por decirlo en términos académicos, no resulta del todo correcto responsabilizar del desajuste de las cuentas públicas a nuestro sistema territorial descentralizado.

23 A. LÓPEZ DÍAZ, A. (2014), p. 26.

24 En efecto, en la actualidad, nos situamos en torno al 15% de los empleados públicos en relación con el empleo total en España, el porcentaje promedio de la OCDE se sitúa en torno a un 17%, mientras los países nórdicos citados se acercan al 30%. *Vid.* En este sentido A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 29.

aún más llamativo: si presentamos la *ratio* de habitantes por empleado público, en España existe un puesto de funcionario por cada 15 habitantes²⁵, mientras que en Dinamarca es de 1 por cada 6.

Teniendo en cuenta los anteriores datos, una vez más hemos de negar que esta afirmación se compadezca con la realidad, en consecuencia, ni existe en nuestro país un volumen excesivo de empleo público, ni la *ratio* en la que nos movemos resulta desproporcionada, ni mucho menos lastra la sostenibilidad del Estado del Bienestar. Insistimos, otra cosa será el análisis que debemos hacer, también con urgencia y también desde lo público, de nuestro propio nivel de eficiencia y eficacia, y de la asignación de recursos materiales y personales a los diferentes entes territoriales, funcionales e institucionales.

2. HABLEMOS DE TANGOS

Si los grandes mantras a los que se achacan de manera estructural nuestros desajustes presupuestarios no resultan del todo ciertos, o al menos, según hemos apuntado, no guardan una relación causa-efecto directa con ellos, ¿cuál es el verdadero motivo de estos desajustes? Les anticipo mi opinión: la razón podríamos encontrarla en el ámbito de los ingresos.

Volvamos a ilustrarnos con algunos datos: es evidente que en nuestro país, como hemos indicado, el conjunto de recursos financieros con los que cuentan los entes públicos –singularmente el sistema tributario– no cumple con el criterio de la suficiencia, lo que se pone de manifiesto en el abultado déficit público existente, que para el año 2015 se preveía en torno al 4,5% del PIB –47.000 millones de €–. De cumplirse esta previsión, una vez más estaríamos incumpliendo las exigencias comunitarias por el anunciado desfase presupuestario. Resulta igualmente irrefutable que al margen de las demagogias y el resto del canto de sirenas, que «haberlas, haylas... como las meigas», la contención del significado de desequilibrio solo puede realizarse siguiendo la vía de la reducción del gasto –las llamadas reformas para unos, los llamados recortes, para otros– o penetrando por la senda del aumento de los ingresos (o ambas cosas a la vez).

Para poder documentarnos a efectos de apostar por una de las vías indicadas, hemos de añadir que el gasto público en España, en términos relativos, es inferior en 4 puntos a la media de la zona Euro, mientras que el ingreso se sitúa por debajo de 7 puntos –38,6% frente al 45,2%– y ello, a pesar de la importantísima subida de impuestos experimentada en tiempos de crisis –singularmente en esta última– y sin

25 Solo nos supera Chipre, Portugal, Italia y Austria. A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 29.

descontar las teóricas bajadas impositivas que se nos han anunciado para este ejercicio.

A la vista de estos datos, es posible que se pueda sostener, también desde el punto de vista técnico, que el problema del desequilibrio financiero español no sea tanto de gasto público excesivo –otra cosa será (no debemos cansarnos de recordarlo) su eficiencia y su eficacia– como de la insuficiencia de los recursos financieros –singularmente los tributarios– para atender a las necesidades públicas que, como grupo social organizado, hemos consensuado alcanzar.

Y si ello es así:

2.1. *¿Es posible alterar el rumbo y actuar sobre el ingreso y no solo sobre el gasto?*

Desde el punto de vista de quien les habla, no solo es posible, es inteligente y resulta deseable:

Es posible, porque la llamada subida o bajada de impuestos, que no es sino una forma de simplificar –a veces de manera no neutral– para referirse a la subida o la bajada de la recaudación a través del recursos tributarios, como veremos, no solo puede materializarse actuando en los tipos aplicables en las tarifas de los impuestos personales que gravan la obtención de renta.

Es inteligente, porque profundizar en la senda de la reducción del gasto público –al margen de las consideraciones ideológicas, de justicia redistributiva y de moral pública²⁶– no solo presenta una clara incidencia negativa sobre el crecimiento económico, sino que el efecto multiplicador de la reducción del gasto público proyecta graves desequilibrios macroeconómicos que influyen en la tasa de desempleo.

Es también deseable, porque conviene hacer énfasis en que –como apuntábamos al inicio de nuestra intervención– la actuación de los entes públicos en la redistribución de la renta se realiza no solo vía impositiva sino a través de las políticas de gasto²⁷.

2.2. *¿Es posible cambiar de metodología para lograr una financiación del Estado de bienestar?*

Según pensamos, no solo es posible sino que es la única alternativa deseable para alterar el bucle en el que nos encontramos. La metodología presupuestaria

26 Que nunca deberíamos dejar al margen.

27 En parecidos términos V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), p. 18.

actual para la estructura de las cuentas públicas²⁸ parte de la fijación de un techo máximo de gasto que habrá de atenderse a partir de una mera previsión de ingresos –singularmente tributarios– y la diferencia se obtiene a través del recurso al endeudamiento.

Esta metodología, al aplicarse de forma estructural, se compadece poco con los propios dictados de nuestra Constitución –de estos barroos podemos recoger algunos lodos– puesto que hemos de tener presente que la misma Carta Magna que consagra la estabilidad presupuestaria también recoge un programa de principios rectores de política social y económica sobre los que se cimenta el Estado del bienestar.

En este orden de consideraciones, debemos afirmar, con convicción, que la garantía de la prestación de los servicios que se consideran esenciales requiere de un volumen de gasto público que resulte financiable en cualquiera de las fases del ciclo económico en el que nos encontremos, y, para que ello pueda ser así, habría que alterar la metodología hasta ahora existente, repartiendo la presión entre el gasto y los ingresos. En este sentido y desde nuestro punto de vista, la reducción del déficit estructural puede lograrse con mejores resultados a través de una combinación adecuada de contención del gasto e incremento de los ingresos²⁹.

En efecto, es necesario abandonar planteamientos demagógicos que impiden la obtención efectiva de los recursos necesarios para financiar el Estado del bienestar³⁰, y en el contexto económico y jurídico en el que nos encontramos³¹, con las limitaciones comunitarias –que son nacionales– al recurso del endeudamiento, teniendo en cuenta la poca elasticidad recaudatoria del resto de los recursos financieros no tributarios, la actuación tendente a la generación de más ingresos solo es posible desde el establecimiento de un mayor esfuerzo tributario, –que es muy diferente, o puede llegar a serlo, que la subida de los mismos impuestos para unos únicos destinatarios–. No obstante, aclarado lo anterior, también conviene recordar que «la verdad,

28 Realizando, a efectos expositivos, un ejercicio de síntesis, (para un mayor desarrollo ver, entre otros, a J. IGLESIAS QUINTANA y J. VARELA DONOSO –2013–, pp. 41 y ss.) pero sin desconocer, entre otros muchos extremos, que «estudiar presupuestos es penetrar, pues, en el fondo de los problemas constitucionales y, particularmente, en los regímenes democráticos con separación de poderes, es plantear el estudio de las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en orden al ciclo presupuestario (elaboración, aprobación, ejecución y control)», A. RODRÍGUEZ BEREIJO (1979), pág. XI.

29 «... Adicionalmente debe tenerse en cuenta que un mayor peso de los ingresos, acompañado de una equitativa asignación de los recursos, permite a su vez incidir en la mejor redistribución de la renta y la riqueza entre los ciudadanos» (A. LÓPEZ DÍAZ –2014–, p. 33).

30 V. ESTEVE CARBONELL; J. GARCÉS FERRE y J. SÁNCHEZ GARCÍA (2013), p. 149.

31 D.J. LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (Director). (2014).

que no tiene remedio» es así de simple, si algo queremos, lo tenemos que pagar³².

2.3. *¿Qué características ha de tener nuestro sistema tributario para que sea suficiente?*

Como hemos señalado con anterioridad, quienes se oponen a esta suerte de planteamientos, apostando exclusivamente para conseguir el equilibrio presupuestario por las políticas de contención del gasto, utilizan sistemáticamente la equiparación del mayor sacrificio impositivo necesario con la subida de tipos en los tributos con mayor elasticidad recaudatoria –IRPF e IVA–; de esta forma, nos quieren transmitir que la subida de tipos es la única forma de aumentar la recaudación tributaria³³, y como en ambos tributos sus marginales se acercan a los niveles más altos de la Eurozona, concluyen que es imposible actuar sobre el sistema tributario para aumentar la recaudación³⁴.

No obstante, frente a esta suerte de planteamientos pensamos que para ensanchar nuestro espacio fiscal a través del sistema tributario, debemos abandonar la simplicidad, el populismo, la demagogia y la actuación pro-cíclica³⁵, que han tenido los dos últimos ejecutivos, y actuar, con estabilidad y visión de futuro, para diseñar un sistema tributario que aporte los recursos suficientes para la financiación de los objetivos que como grupo social organizado hemos decidido conseguir.

Para ello, podemos partir de J. Mirrlees³⁶ a la hora de acotar los tres pilares básicos sobre los que ha de asentarse el sistema tributario óptimo: en primer lugar, las actuaciones se han de realizar sobre el sistema tributario en su conjunto; en segundo término, el sistema ha de buscar la neutralidad sin que ello signifique minimizar y

32 Sin llegar a las propias excentricidades del análisis económico del derecho que pueden derivar «en una teoría jurídica del tributo incompatible con prioridades fiscales del Estado Social de derecho», el impuesto puede ser considerado como el «coste del ejercicio de los derechos subjetivos de los ciudadanos». (J.L. PÉREZ DE AYALA y LÓPEZ DE AYALA. –2014–, pp. 250 y 258.

33 En esta línea, desafortunadamente a nuestro juicio, se han movido las grandes reformas que se ha realizado en el IRPF en las que ha primado, en general, el principio de la eficiencia frente al de la distribución, lo que ha supuesto, teniendo en cuenta que este tributo, además de su importancia recaudatoria, actúa como el elemento redistributivo clave del sistema fiscal, que las paulatinas reformas –con alguna excepción como la del 2007– han contribuido al aumento de la desigualdad del sistema fiscal.

34 No obstante, desde esta suerte de planteamientos se omite que España es uno de los países del Euro con menor presión fiscal. Los datos facilitados por EUROSTAT, a principios de enero de 2016, situaban a nuestro país en el decimotercer país del Euro por presión fiscal.

35 A. CAYÓN GALIARDO (2014), p. 133.

36 J. MIRRLEES (2013), p. 510.

dejar de actuar sobre las distorsiones económicas y, por último, el sistema ha de ser progresivo.

En efecto, un buen sistema impositivo ha de ser, en primer lugar, un sistema de tributos integrados y coordinados, no una yuxtaposición de figuras impositivas o de diversas técnicas tributarias incorporadas en el seno de los grandes tributos, que responda a una multiplicidad de funciones, en ocasiones difícilmente conciliables cuando no claramente contradictorias. Sin olvidar las funciones extrafiscales, la primera característica del sistema es que ha de responder a una finalidad fiscal, recaudatoria. Y ha de hacerlo en su conjunto³⁷.

El sistema tributario ha de construirse, igualmente, teniendo en cuenta las capacidades económicas que se pretenden someter a tributación, seleccionando las figuras tributarias más adecuadas técnicamente para la búsqueda de la riqueza, allí donde se encuentre, de forma que cada tributo cumpla el objetivo en el engranaje del sistema, para que el sistema cumpla con los objetivos y con los principios que le demandamos.

En segundo lugar, la neutralidad del sistema ha de ser otro de los pilares que nos ayuden, no solo a hacerlo más suficiente, sino también a hacerlo más justo. La neutralidad fiscal puede ser entendida como «la condición existente en un mercado en el que las decisiones de los agentes económicos no están determinadamente influidas por factores impositivos... lo que viene a determinar que el impuesto no debe provocar distorsiones en la competencia considerando a la misma como una institución esencialmente trascendente para el orden económico»³⁸.

No obstante, como anticipábamos, la neutralidad no ha de ser interpretada como el bálsamo de Fierabrás, que haga que sean legítimas las distorsiones económicas que producen las propias reglas del mercado, antes al contrario, el sistema tributario ha de cumplir, también, otras finalidades, la neutralidad ha de permitir figuras impositivas que penalicen determinados consumos (impuesto sobre bebidas alcohólicas, impuesto sobre las labores del tabaco...), o técnicas tributarias que estimulen o protejan determinadas actividades (fomento de ahorro, fomento de actividades de i+d), pero la utilización de figuras tributarias o de técnicas impositivas con

37 En este mismo orden de consideraciones, no encontramos ninguna razón científica, ni de utilidad, para la afectación de ingresos a gastos concretos. Es más, una afectación de un concreto impuesto o tasa que no suponga una restricción vinculante de gasto que pretende financiar no es más que «retórica vacía: un ejercicio para engañar a los votantes de que los impuestos pagan (determinan) el gasto público de una manera que no se cumplirá,... desorientando a los contribuyentes en lugar de extender la democracia». J. MIRRLEES (2013), p. 511.

38 J.J. MARTOS GARCÍA, (2014), p. 41.

finalidad extrafiscal ha de ser establecida con suma cautela, ya que no solo puede suponer el vaciamiento de las bases imponibles, sino el motor de la visualización de pretendidas actuaciones que no tienen ninguna eficacia sobre los fines que dicen perseguir³⁹ y que distorsionan, claramente, la recaudación de la figura tributaria en la que se insertan⁴⁰.

En efecto, cualquier especialista en Derecho ha de llamar la atención sobre el extendido error de nuestros legisladores –aunque no solo de ellos– de desenfocar las medidas fiscales destinadas a remover los obstáculos que dificultan la verdadera igualdad –art. 9.2 CE– estableciendo una política de previsión para lograr otras

39 Cuando no encubren situaciones de claro privilegio.

40 Por poner solo un ejemplo que hemos tenido la ocasión de trabajar con detenimiento estos últimos años, la pléyade de deducciones y bonificaciones incorporadas por las CCAA y por el Estado, en el ejercicio de su corresponsabilidad fiscal, en los impuestos más representativos de nuestro sistema –y sobre atenciones que quedan al margen de toda duda como pueden ser los beneficios fiscales que se establecen a personas con necesidades especiales–, presentan las siguientes características a juicio de sus propios destinatarios, (extraídas de un estudio de campo desarrollado en el seno del proyecto de investigación DER 2008-03166, que tuve el honor de dirigir –ver A.M. ESPÍN MARTÍN (2014), pp. 593 y ss.–) que dicen, y dicen mucho, de su eficiencia y de su eficacia:

En primer lugar, el nivel de conocimiento y satisfacción de las prestaciones y medidas que los poderes públicos ponen al servicio de este colectivo varía sustancialmente en función no solo de las situaciones socioeconómicas y culturales del individuo o del grupo familiar en el que se inserta, sino, sobre todo, del ámbito geográfico en el que tiene fija su residencia, lo que sin duda nos pone de manifiesto la ausencia de la elaboración de un sistema integral de protección.

En segundo lugar, no nos parece baladí el dato abrumador de su desconocimiento por parte del ente subjetivo objeto de protección. Este dato también nos habla claramente de su nivel de eficacia y de eficiencia.

En tercer lugar, de entre el grupo poblacional objeto de estudio que conocían al menos la existencia de las diferentes medidas establecidas por los entes públicos para atender a la promoción personal de las personas con necesidades especiales, casi un 80% prefería la prestación de servicios públicos directos a la promulgación de medidas de corte fiscal que afecten a los entes subjetivos de imputación de normas o a sus familiares. Y ello también nos habla claramente de su nivel de eficiencia y de eficacia.

En cuarto lugar, el dato de que de entre el 37,8 % que conocía la existencia de las indicadas medidas de protección analizadas, solo el 41,4 % reconocía haber tenido la oportunidad de haberse aplicado alguna de ellas y el 22% reconocía la aplicación de alguna de las medidas por parte del grupo familiar, También resulta muy representativo de cuanto queremos transmitir.

Por último, la práctica totalidad de los destinatarios afirmaba desconocer las medidas diferenciadoras establecidas por parte de las Comunidades Autónomas. Y este dato también nos parece rotundo para apuntalar las aseveraciones que hemos extraído de nuestro análisis, e igualmente nos parece que habla, con toda claridad, sobre su propio nivel de eficacia y de eficiencia.

finalidades, también reconocidas constitucionalmente, como exponente del Estado social –art. 1 CE–, es decir, la instrumentalización del sistema tributario al servicio de otros fines –extrafiscales–, confundiéndolas con la propia necesidad intrínseca del sistema tributario, y de los principios que lo inspiran, de adaptar la aptitud contributiva de los llamados al pago de los tributos a la verdadera capacidad económica que poseen⁴¹.

En tercer lugar, el sistema, junto a la neutralidad armonizada, ha de lograr una progresividad tan eficiente como sea posible y, en todo caso, respetuosa con el resto de principios de justicia material en el tributo. Para ello, hemos de diseñar adecuadamente las tarifas impositivas de los tributos en función de la capacidad económica que se someten a tributación en su respectivo hecho generador, pero no solo eso. La progresividad ha de localizarse, y lograrse, a través del análisis de todos los elementos estructurales de cada una de las figuras tributarias que componen el sistema, y ha de enjuiciarse también, y de conseguirse, en el sistema en su conjunto.

En efecto, la progresividad, como principio de justicia –y como elemento técnico– intenta que el sacrificio ante el pago de los tributos sea igual, es decir desigual en función de la capacidad económica de cada ente de imputación de normas. Para ello, debemos de dejar de analizarla, exclusivamente, en función a los tipos de gravamen, y hemos de empezar a materializarla en el diseño de las bases tributarias, y no solo en relación con los métodos de determinación de las bases, erradicando las diferencias existentes entre quienes pueden optar por métodos indiciarios (mal llamados objetivos) y a quienes se les cuantifica exactamente la capacidad económica derivada de la realización del hecho imponible; y hemos de analizarla también en las distintas deducciones establecidas en base y que hacen diferenciar –discriminar– en función de las fuentes de renta; y en la existencia de diferentes tipos aplicables según el origen de la renta, discriminando las rentas del trabajo sobre las rentas de actividad y ambas sobre los rendimientos del capital⁴²; y en la existencia de las deducciones o bonificaciones en cuota, eso sí, no en todos los tributos y tampoco para todas las derivadas extrafiscales posibles en función de nuestras expectativas constitucionales.

41 Antes al contrario, como hemos desarrollado en otro lugar (J. LÓPEZ MARTÍNEZ –2014–, pp. 24 y ss.), hemos de diferenciar nítidamente ambas facetas para no convertir estas técnicas del Derecho Tributario en medidas legitimadoras de respuestas claramente insuficientes, que no solo vienen a adormecer nuestras conciencias –sin valorar su eficacia, su eficiencia y su propia justificación– sino que distorsionan la propia finalidad medial del sistema tributario, que tiene su principal razón de ser, precisamente, en adoptar medidas que mejoren o sostengan el Estado del bienestar.

42 J.J. MARTOS GARCÍA (2014).

En definitiva, la progresividad del sistema ha de dejar de discriminar a la clase media que obtiene rentas de trabajo personal⁴³ y ha de ampliar las bases de los diferentes tributos, reduciendo el campo de las exenciones, reestructurando los diferentes campos de los distintos tipos sometidos al Impuesto sobre el Valor Añadido, creando nuevos tributos que graven rentas reales –también potenciales–, estableciendo medidas decididas para combatir las bolsas de fraude existentes en nuestro sistema... La progresividad ha de ser el eje de nuestra contribución, adaptándose a la verdadera capacidad económica de los llamados al pago de los tributos.

2.4. ¿Es posible aumentar nuestros ingresos tributarios en un sistema neutral y progresivo?

A nuestro juicio, es posible siempre que la reforma que en él se diseñe, insistimos, trascienda al incremento de tipos existentes en los tributos con mayor elasticidad recaudatoria⁴⁴, ello significa que se ha de buscar un mayor espacio fiscal⁴⁵. Este mayor espacio fiscal podría localizarse en los siguientes ámbitos: el establecimiento de nuevos tributos que actúen sobre la denominada tributación medioambiental⁴⁶,

43 Si hacemos un análisis riguroso del conjunto de la presión fiscal sobre el trabajo (imposición sobre la renta más las correspondientes cotizaciones sociales), podemos constatar que un trabajador medio se sitúa en el 41,4 %, –5 puntos porcentuales por encima de la media de la OCDE (35,6%). Pero es más, como nos pone de manifiesto A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 37, lo anterior lleva implícito que para que un trabajador pueda recibir una retribución neta de 1000 € mensuales, los costes totales que ha de soportar el empleador ascienden a 1700€ lo que, sin lugar a dudas, supone no solo una distorsión en el sistema impositivo sino también un extraordinario hándicap para la reactivación, absolutamente necesaria, del mercado laboral.

En este mismo sentido, se han pronunciado recientemente tanto el foro económico mundial, que sitúa a España en el cuarto país del mundo que mayor esfuerzo fiscal exige a sus trabajadores, solo por detrás de Suecia, Dinamarca y Francia, como el *Think tank Civismo*, que en su documento «un marco fiscal para el empleo» han puesto énfasis en que «los impuestos al trabajo en España son tan elevados que dificultan la creación de empleo».

44 En efecto, los tipos marginales de nuestros principales tributos se sitúan en la banda alta de los que se aplican en los países de nuestro entorno: en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el tipo máximo se sitúa entre los cuatro más altos de la Eurozona; en el Impuesto sobre Sociedades –de no haber sido vaciado de contenido– entre los ocho primeros; el tipo general del Impuesto sobre el Valor Añadido (21%) se acerca a los tipos más altos fijados en un 25%.

45 A. LÓPEZ DÍAZ (2014), pp. 33 y ss.

46 No obstante, uno de los principales problemas de la fiscalidad medioambiental, además del aumento de los costes de producción de determinadas empresas o sectores, es su dispersión y falta de coherencia, ya que al ser competencia autonómica, da lugar a una gran disparidad de figuras, con ob-

—o en el aumento de tipos, ahora sí, en los tributos de esta naturaleza que se encuentran vigentes⁴⁷, donde la recaudación de España se sitúa en último lugar de la Eurozona⁴⁸—; el incremento de la recaudación de los denominados impuestos especiales; una reestructuración de los diferentes campos de los distintos tipos sometidos al Impuesto sobre el Valor Añadido; la modulación de nuestros tributos clásicos gravando determinadas horquillas de riqueza claramente «olvidadas» —como acontece con el que se conoce como impuesto sobre las grandes fortunas—; explorar nuevas fuentes de financiación⁴⁹, que, a pesar de su dificultad, nos ofrecen una clara ventana a nuevas formas de tributación⁵⁰ —como el establecimiento de tributos que graven

jetivos contradictorios —también con la política medioambiental de la propia UE—. Para un análisis de cuanto solo dejamos anotado, *Vid.* L.M. CAZORLA PRIETO (2014), pp. 369 y ss.

47 Otro orden de cuestiones, muy diferente de las aquí analizadas —aumento de la presión fiscal al margen de los tributos de mayor elasticidad recaudatoria— será discutir qué debemos entender por impuesto verde —según la organización internacional de la energía y la OCDE, «aquellos cuya base imponible consiste en una unidad física de algún material que tiene un impacto negativo, comprobado y específico sobre el medio ambiente»—; qué posibilidades nos ofrece desde el punto de vista recaudatorio —salvo que, como ocurre con frecuencia, tras bellas epopeyas medioambientales incorporadas en la exposiciones de motivos de las leyes que los crean, en realidad se está gravando una capacidad económica ya gravada por otros tributos que conforman el sistema—; y, sobre todo, se ha de hacer una reflexión serena sobre quienes pagan, en realidad, los tributos denominados verdes en nuestro país.

48 Puesto que la recaudación que podemos estimar de estas figuras tributarias apenas alcanza al 2 % del PIB. El indicado volumen de ingresos, si bien supone una cantidad importante [los datos de los que disponemos son de 2013 y alcanzaban a 19.220 millones de Euros, si sumamos el impuesto sobre hidrocarburos (9.933 millones de €), más el impuesto sobre la electricidad (1.445 millones de €), el impuesto sobre determinados medios de transporte (324 millones de €), junto a otra serie de figuras impositivas de menos peso recaudatorio o de reciente implantación —impuesto sobre gases fluorados de efecto invernadero o el impuesto sobre la explotación de petróleo o gas—], su peso es claramente inferior a la media de la eurozona, por lo que tanto la Comisión Europea, como el Fondo Monetario Internacional han recomendado al ejecutivo, en reiteradas ocasiones, el establecimiento de nuevas figuras tributarias que se enmarquen dentro de la denominada fiscalidad verde.

49 Que en ocasiones son perfectamente compatibles con la propia lucha contra el fraude fiscal de corte multinacional. Por ejemplo, el llamado impuesto Google del Reino Unido —que consiste básicamente en que los beneficios obtenidos en el país y declarados fuera de él tributarán a un 25%— que pretende recaudar en torno a 350 millones de € anuales. Y en otras, el propio establecimiento de estas figuras impositivas pudiera tener problemas en relación con la propia normativa europea relativa a la vulneración de la libertad del establecimiento y la prohibición de las ayudas de Estado, como el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (F. MARCOS FERNÁNDEZ —2005—, pp. 97 y ss.).

50 La rocambolesca histórica del impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito que por sí sola no solo daría para una magistral, sino para una o varias monografías, en la que se expliquen

las transacciones financieras⁵¹-, y sobre todo, el espacio fiscal puede ensancharse tras la realización de un análisis serio y riguroso –huyendo de planteamientos demagógicos de corte cortoplacista– de los beneficios fiscales existentes en la normativa reguladora de los diferentes tributos, suprimiendo gran parte de los existentes que no responden a las finalidades que dicen perseguir.⁵²

Este último extremo es esencial y lo es, en primer lugar, por su impacto recaudatorio: en los últimos cuatro ejercicios, la cuantía del presupuesto de beneficios fiscales⁵³ aprobados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado rondaban los 40.000 millones de euros, es decir, se situaba en torno al 30% del total del ingreso del Estado⁵⁴; y lo es también porque no se ha realizado un análisis serio del cumplimiento de los objetivos conseguidos por el conjunto de medidas, diseñadas a modo de precipitado histórico, sin criterio, sin plan y sin armonización⁵⁵.

cómo no se deben de hacer las cosas desde los parámetros que abordamos en este trabajo, ha recaudado, a pesar de todo, en el ejercicio 2015, 316 millones de €. Por todos *Vid.* E. ESEVERRI MARTÍNEZ (2014), pp. 401 y ss.

51 En este último sentido recomendamos la lectura del trabajo de C. BORRERO MORO (2014), pp. 141 y ss. En este contexto, aunque de forma muy lenta, y gracias a Alemania, Francia y España, con la clara reticencia del gobierno de Londres, a principios de diciembre de 2015, una decena de socios del euro han sellado un pacto político para la puesta en marcha de la denominada «*tasa Tobin*», que gravará tanto las acciones como los derivados y que, como deseaba el gobierno español, no tendrá impacto sobre la deuda soberana.

52 Utilizando los datos ofrecidos por el sindicato de los técnicos de Hacienda (Gestha), las compañías con mayores ingresos y con mayores beneficios, aquellas que facturan más de 45 millones de euros anuales, apenas suponen un 0,6% de todo nuestro tejido empresarial y, sin embargo, suman el 100% de las reducciones fiscales netas del resultado contable –unos 3000 millones– lo que supone una pérdida de ingresos al Estado de 9.000 millones de euros anuales. Y eso si solo tenemos en cuenta los beneficios que estas compañías contabilizan en España, aspecto éste sobre el que volveremos más adelante.

53 En la cultura anglosajona, al concepto analizado se le denomina «gastos fiscales» desde que S. S. SURREY en «*Tax Expenditures*», lo acuñó para designar aquellas exenciones o bonificaciones que no forman parte de la estructura esencial del impuesto, pero que se introducen en la norma fiscal para lograr finalidades de naturaleza extrafiscal.

54 Como nos pone de manifiesto A. LÓPEZ DÍAZ (2014), p. 36, es cierto que hemos de tener en cuenta que la cifra indicada recoge el impacto de las reducciones, bonificaciones, deducciones... y recoge, igualmente, tanto la aplicación de los tipos reducidos del IVA, como el de diferentes técnicas tributarias desgravatorias de difícil revisión.

55 En este mismo sentido, recomendamos la lectura de las conclusiones del proyecto de investigación que tuve el honor de coordinar: «Protección social de la mujer, de las familias con personas dependientes y

Cuanto aquí se denuncia en relación con el establecimiento descontrolado de incentivos y beneficios fiscales⁵⁶ se ha producido en los tres niveles en los que se estructura el reparto del poder tributario y, en consecuencia, no solo respecto al Estado. Sin olvidar a las corporaciones locales, que son las grandes marginadas a la hora de establecer su sistema de financiación (pero que también incurren con frecuencia en el establecimiento no justificado de esta suerte de beneficios) en este proceso, queremos denunciar, específicamente, la deriva disléxica de las CCAA: necesidad de ingresos para la financiación de los servicios esenciales transferidos «versus» establecimiento de beneficios fiscales en relación con los tributos propios y con los tributos estatales con cesión total o parcial de poder normativo. Y todo ello, una vez más, sin que ninguna de las Comunidades que se han lanzado a una carrera desenfrenada en el establecimiento de beneficios fiscales haya realizado un análisis serio y riguroso de los fines que demanda esta suerte de medidas, ni de su nivel de eficacia y eficiencia para conseguirlos.

Junto con el incremento de un mayor espacio fiscal, se necesita actuar, y hacerlo con decisión, en la propia efectividad a la hora de la aplicación de nuestro sistema tributario. En efecto, el extraordinario fraude fiscal existente en nuestro país comporta una sangría en recursos financieros, en valores cívicos, también en coartadas, que, en más ocasiones de las que sería de desear, sirven para adormecer nuestras conciencias; sangría que hace necesaria una actuación de Estado para solucionarla, situando el sistema tributario, al menos, en valores que resulten homologables al contexto socio-económico en el que pretendemos ubicarnos a la hora de la demanda de servicios por el sector público.

Si medimos la eficiencia de nuestro sistema tributario vigente, hemos de situarla en unos parámetros cercanos al 70% de la recaudación total posible, lo que significa que el volumen de economía sumergida que se escapa de los canales de tributación gira en torno al 22,5% del PIB, es decir 240.000 millones de Euros, que sometidos a tributación efectiva aportarían a las arcas públicas 72.700 millones de Euros por cada ejercicio⁵⁷. Ello supone que la lucha efectiva contra el fraude fiscal

discapitados, como instrumento de equidad en el mercado de trabajo y de conciliación de la vida familiar». Otorgado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, FIPROS 2005/112. 2005-2007.

56 Solo hay un dislate superior a la desgravación por la adquisición de la vivienda habitual, y se consiguió extendiéndola a la segunda residencia.

57 Los datos los extraemos del informe elaborado por R. MURPHY (2013). Aunque podemos acudir a otras fuentes como el *Eurostat* que cuantifica, en el mismo ejercicio, específicamente para el IVA, una cantidad dejada de ingresar por operaciones que se escapan a tributación de unos 15.000 millones de Euros.

ha de colocarse a la vanguardia del primer vector de lucha contra la insuficiencia de nuestro sistema tributario. Y en esta batalla debe de implicarse toda la sociedad.

Conviene, no obstante, «no colgar al oso antes de matarlo», ya que hemos de ser plenamente conscientes de que resulta prácticamente imposible erradicar de forma absoluta la economía sumergida⁵⁸ y, en consecuencia, en «tiempos de mudanza, debemos dejarnos de tribulaciones» y no caer en los «cuentos de la lechera», al menos hasta no disponer de la vaca.

Ensanchemos nuestro horizonte fiscal realizando una política decidida que combata con inteligencia –y con todo el peso de la ley– a la economía sumergida, pero empecemos por consolidar nuestras cuentas antes de abrir nuevas vías de agua:

58 Y hemos también de tener presente de que en muchas ocasiones la lucha contra la defraudación fiscal no se puede realizar, exclusivamente, con las armas del Derecho nacional. El combate contra la «ingeniería financiera» o la denominada «planificación fiscal agresiva», que realizan muchas empresas, especialmente las multinacionales, necesita de claras actuaciones de corte internacional y no solo de intercambio de información (como sobre los «tax ruling» –acuerdos fiscales de los países con las multinacionales para que tributen en sus territorios a cambio de reducir sus obligaciones fiscales–), sino también de armonización de tributos en espacios supranacionales.

Algunos datos pueden ser ilustrativos. En el ejercicio fiscal 2014 los grandes grupos tecnológicos –Amazon, Twitter, Microsoft, Ebay, Google, Facebook y Appel– declararon unos ingresos en torno a los 650 millones (mientras que los productos que comercializan están valorados en miles de millones) que suponían unas ganancias en España de 48 millones de Euros que se concretaban en el pago, en concepto de impuestos, de 18,3 millones de Euros. Según los propios cálculos del sindicato de los técnicos de Hacienda (Gestha), la ingeniería fiscal permite a las multinacionales ahorrarse el pago de unos 8.250 millones de Euros anuales en España. Su cálculo es creíble, se trata de analizar la diferencia entre la tributación de las grandes empresas, que pagan un tipo efectivo que se sitúa en el entorno del 5% –sic–, frente al 16% que pueden abonar las pymes sobre su resultado contable.

En este sentido, además de las actuaciones de corte nacional, como el denominado impuesto Google establecido en el Reino Unido que, como hemos adelantado, grava el 25% de los beneficios que las grandes corporaciones obtengan en un país y las desvíen a otro, puede ser interesante apostar por actuaciones como la propuestas por la propia Comisión Europea en mayo de 2015, (aunque la denominada BICCIS –base imponible consolidada común del impuestos sobre sociedades– no es una idea nueva –ya existía un primer proyecto en 2011–) para crear una base común en el impuestos sobre sociedades en la UE, con objeto de que las empresas paguen impuestos en función de los beneficios reales obtenidos en cada país. Esta propuesta, de materializarse, podría encontrar un complemento perfecto en el programa BEPS (erosión de la base imponible y transferencia de beneficios), desarrollado en el seno de la OCDE y que pretende aplicarse a partir de 2017. Se trata de que cada empresa detalle los impuestos que abona, la facturación que realiza y el número de trabajadores que cuenta en cada país. De esta forma se conocería el tipo efectivo que las empresas pagan en cada Estado, pudiendo articular medidas conjuntas que dificulten la denominada planificación fiscal.

solo con conseguir situarnos en la media de los países de nuestro entorno lograremos unos ingresos semejantes a los recortes que en materia de gasto nos han sido exigidos en los últimos años, en cada ejercicio.

Pero este combate contra la insolidaridad y la indecencia no solo nos proporcionará mayores ingresos, sino que, además, ayudaría notablemente a la justicia de nuestro sistema fiscal, pues no debemos ser ajenos, por ignorancia o por laxitud, al hecho constatado de que el fraude no se reparte homogéneamente entre todos los ciudadanos, superponiendo un elemento de discriminación entre los convocados al pago de los tributos, que no solo es injusto, es radicalmente inasumible.

3. DE CUANDO LAS MILONGAS SE CONVIERTEN EN TANGOS

Es posible que la situación de nuestras finanzas, las influencias externas, las exigencias de nuestro marco jurídico –el propio pacto de estabilidad y la reforma constitucional que lo sacralizó–, no permitieran otra cosa en la concreta coyuntura en la que se encontraron los gobiernos españoles tras el estallido de la crisis de 2008⁵⁹, pero su actuación ha ido absolutamente en contra de cómo nos aconseja no solo el sentido común –que debería ser más utilizado a la hora de tomar decisiones macroeconómicas– sino del propio pensamiento económico más ortodoxo: cuando la economía se contrae, se necesita una política expansiva consistente en menores impuestos y mayor gasto público, y en la época de crecimiento se requiere de una política que contenga el gasto y mantenga el esfuerzo fiscal⁶⁰.

Lo anterior no solo supone un planteamiento desestabilizador desde el punto de vista económico⁶¹, sino que representa toda una forma de actuación en el

59 Podemos compartir con A. CAYÓN GALIARDO (2014), p. 133, que muy posiblemente su actuación en otra dirección hubiese ocasionado un peaje mayor que el coste asumido, aunque éste haya sido enorme.

60 De nuevo acudir a los datos facilitados por la propia Administración tributaria, nos ayudarán a comprender nuestras consideraciones. A finales de 2015 se está cerca de alcanzar la mayor cifra de la serie histórica de la Agencia Tributaria ya que se esperan conseguir más de 180.000 millones de Euros de ingresos tributarios, solo por detrás del año 2007, en el que el escenario de crisis era imprevisible, en el que se ingresó, por tal concepto, 200.000 millones de Euros. Y todo ello, teniendo en cuenta que en plena burbuja inmobiliaria –¡aquellos mejores tiempos!– la presión fiscal española (ingresos públicos sobre el PIB), se situaba en un 38% frente a la media de la eurozona, que era superior al 46%.

61 Puesto que en momentos de expansión, las políticas fiscales pro-cíclicas sobrecalientan la actividad, aumentan la inflación y alimentan la creación de burbujas, mientras que en la fase de recesión ayudan a la caída del PIB y provocan más desempleo –A. CAYÓN GALIARDO (2014), p. 133–.

diseño de las finanzas públicas, que deja al albur de las coyunturas económicas los planteamientos posibilistas de los legisladores, diciéndole al pueblo –y dándole al pueblo– lo que el pueblo quiere oír y recibir⁶². Eso sí, más en la fase alcista que en la de contracción económica.

Decíamos al inicio de esta intervención, que empieza a llegar a su fin, que la financiación del sistema del bienestar que hemos consensuado es posible, pero para ello hemos de ser conscientes del Estado de bienestar que queremos, del Estado del bienestar que podemos y de las posibilidades que tenemos como grupo social para financiarlo. Es decir, debemos de meditar todos, y todos somos todos, a qué estamos dispuestos a renunciar para lograrlo. Decíamos también que para consolidar nuestro Estado de bienestar hemos de diseñar un sistema fiscal potente, un sistema tributario justo, y un equilibrio presupuestario inteligente que sirva de estímulo y de desarrollo económico. Y avanzábamos que ninguna de estas características adornan nuestro actual sistema. Ello significa, –también lo adelantábamos en el pórtico de esta intervención– que o actuamos con decisión e inteligencia o el sistema que hemos construido puede hacerse insostenible.

Se necesita, y hemos de lograrlo con urgencia, en estos momentos en los que la situación política parece haberlos sacado del baúl de los recuerdos, un pacto de Estado que diseñe los contornos financiados del Estado del bienestar que hemos construido, que estructure los elementos de financiación necesarios para hacerlo sostenible y que mire al futuro sin improvisadas actuaciones cortoplacistas, sino con claras metas alcanzables asentadas en políticas estables y posibles –al margen de los ciclos económicos– de ingresos y de gastos públicos. Ello no supone renunciar a las diferencias ideológicas, supone sentar las bases sobre las que construir un edificio sólido, en el que quede amplio margen para poder actuar.

En palabras más autorizadas que las mías «gobernar en una democracia dirigida por los medios es difícil y hay una posibilidad de trabajar dentro de los límites de lo políticamente factible; pero hay mejores modos de hacer política impositiva. Hay impuestos más justos, menos nocivos y más simples que los que hay hoy. Ponerlos en práctica necesitará de un gobierno dispuesto a ser honesto con el electorado, a

62 Uno de los grandes problemas de la política tributaria consiste en su interacción con el propio proceso político de coyuntura, condicionando las actuaciones debidas a su traslación por los medios de comunicación y en consecuencia, en última instancia a su repercusión electoral. Cuando se necesitan aumentar los ingresos, la presión tributaria se dirige no a las capacidades económicas menos nocivas, sino a las menos transparentes o a las más transitoriamente populares. El llamado retraso del dolor genera problemas mayores en el futuro. (J. MIRRLEES. –2013–), p. 544.

comprender y explicar los argumentos, a escuchar y consultar a los expertos y al público por igual y a poner la estrategia a largo plazo por delante de las tácticas a corto plazo»⁶³.

Esperemos que la salida de la crisis económica que parece atisbarse en el horizonte, que ha sido el exponente mediato de una crisis de valores compartidos, no nos impida renunciar a los objetivos establecidos en la Estrategia Europea 2020 a través de la construcción de un crecimiento inteligente, integrador y sostenible que permita implementar los objetivos de justicia que hemos consensuado. Y por esperar, esperamos que la crisis de valores, que constatamos en el día a día en nuestro país, y que ha quedado trágicamente aflorada por la última crisis económica, sea convertida en un acicate que nos permita reconstruir los propios principios que motivaron a varias generaciones de nuestros conciudadanos a dar el salto más importante en la historia de España a la hora de construir, y desarrollar, los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Solo el presente existe, pero no podemos construirlo sin cimentar el futuro aprendiendo de las lecciones que nos da nuestro pasado.

Nada más, muchas gracias.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUALLO AVILÉS, A. (2001): «La necesidad de un análisis constitucional del Derecho Financiero. Hacia un Derecho Financiero Constitucional», en *Derecho Financiero Constitucional. Estudios en memoria del profesor Jaime García Añoveros*. ESCRIBANO LÓPEZ, F.º. (Coordinador), Civitas, Madrid.
- BALAGUER CALLEJÓN, F.º. (2002): «El Estado social y democrático de derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social», en *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M.ª, N. (Directores), Comares, Granada.
- (2010): «Estructura institucional y Estado Autonomico», en *reformas Estatutarias y Organización territorial*, Instituto Andaluz de la Administración Pública, Sevilla.
- BORRERO MORO, C. (2014): «Los nuevos nichos tributarios en tiempos de crisis. La crisis como oportunidad para la justicia», en *Fiscalidad en tiempos de Crisis*. MALVÁREZ PASCUAL, L y RAMÍREZ GÓMEZ, S (Directores), Thomson Reuter. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- CAZORLA PRIETO, L. M.ª. (2014): «El canon eólico de Castilla-La Mancha: análisis constitucional», en *La distribución del poder financiero en España. Libro home-*

63 J. MIRRLEES (2013), p. 544.

- naje al profesor Juan Ramallo Massanet.* ARRITA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (Directores), Ed. MARCIAL PONS, Madrid.
- CAYÓN GALIARDO, A. (2014) «La reforma fiscal para la crisis: sus formas y su contenido», en *Fiscalidad en tiempos de Crisis.* MALVÁREZ PASCUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S. (Directores), Thomson Reuter. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- ESPÍN MARTÍN, A.M. (2014): «Las ayudas por dependencia y discapacidad y la satisfacción de sus beneficiarios. Un estudio de campo», en *Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales*, LÓPEZ MARTÍNEZ, J. y PÉREZ LARA, J, M (Directores), Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ESEVERRI MARTÍNEZ, E. (2014): «El impuesto sobre los depósitos en las entidades de crédito», en *La distribución del poder financiero en España. Libro homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet.* ARRITA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (Directores), Ed. Marcial Pons, Madrid.
- ESTEVE CARBONELL, V.; GARCÉS FERRE, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2013): *La fiscalidad del estado del bienestar*, Tirant Tributario, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERREIRO LAPATZA, J.J. (1987): «El marco constitucional de la haciendas Locales», *Escola d'Administració Pública de Catalunya*, Barcelona.
- IGLESIAS QUINTANA, J. y VARELA DONOSO, J. (2013).: «El presupuesto del Estado y la estabilidad fiscal», en *Estabilidad presupuestaria y sostenibilidad fiscal*, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (Director). (2014): *Las crisis políticas y económicas: nuevos escenarios internacionales.*, Editorial Tecnos, Madrid.
- LÓPEZ DÍAZ, A. (2014): «Crisis económica y desajuste de las cuentas públicas: La necesidad de un mayor espacio fiscal», en *Fiscalidad en tiempos de Crisis.* MALVÁREZ PASCUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S. (Directores), Thomson Reuter. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J. (2014): «Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales: una apuesta por la transversalidad desde un análisis integral de nuestra perspectiva sectorial», en *Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales.* LÓPEZ MARTÍNEZ, J. y PÉREZ LARA, J.M. (Directores), Tirant Tributario, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, J. y LÓPEZ MOLINO, A. M.^a (2014): «Razones históricas de la marginalidad de la hacienda local en el marco del sistema financiero territorial», en *Estudios críticos sobre la delimitación territorial del poder Financiero. Situación actual y perspectivas de reforma.* SÁNCHEZ GALIANA, J. A. (Director), Tirant Tributario, Tirant Lo Blach, Valencia.

- (2014): «Modelo constitucional de reparto de poder normativo en materia financiera y tributaria y la plasmación regulativa del sistema de financiación pública territorial», en *Estudios críticos sobre la delimitación territorial del poder Financiero. Situación actual y perspectivas de reforma*. SÁNCHEZ GALIANA, J. A. (Director), Tirant Tributario, Tirant Lo Blach, Valencia.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2005): «La perspectiva comunitaria (II): el IGEC como ayuda de estado ilícita», en *Los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales (IGEC): un análisis jurídico y económico*. MARCOS FERNÁNDEZ, F. y SÁNCHEZ SUAREZ, F. (Directores), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MARTOS GARCÍA, J.J. (2014): *IRPF Dual. Análisis constitucional e incongruencias del Tribunal Constitucional*, Tirant Lo Blach, Valencia.
- MIRRLEES, J. (1971): The Theory of optimal income taxation., *Rv. Of Economic Studies*, 38.
- (2013): Informe Mirrlees. *Diseño de un Sistema tributario óptimo*. Introducción y traducción VIÑUELA DÍAZ, J., Ed. Universitaria Ramón Areces., Madrid.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A., C. y VIÑAS ARMADA, J. M^a. (2014): «Ámbito de integración social», en *Las medidas fiscales como instrumento de protección de las personas con necesidades especiales*. LÓPEZ MARTÍNEZ, J. y PÉREZ LARA, J. M. (Directores), Tirant Tributario, Tirant Lo Blanch. Valencia.
- PÉREZ DE AYALA, J. L. (2001): *Montesquieu y el Derecho Tributario Moderno*, Ed. Dykinson, Madrid.
- PÉREZ DE AYALA y LÓPEZ DE AYALA, J.L. (2014): «El análisis económico del Derecho y el fundamento jurídico de la extrafiscalidad autonómica», en *La distribución del poder financiero en España. Libro homenaje al profesor Juan Ramallo Massanet*. ARRITA MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y ZORNOZA PÉREZ, J. (Directores), Ed. MARCIAL PONS, Madrid.
- RAMALLO MASSANET, J. (1997): «La asimetría del poder tributario y el poder de gasto de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39.
- RODRIGUEZ BEREIJO, A. (1979): Estudio preliminar «Laband y el derecho presupuestario del imperio alemán», en *El Derecho Presupuestario*. Laband, P, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- SÁNCHEZ SERRANO, L. (1997): *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*, MARCIAL PONS, Madrid.
- VIÑUELA DÍAZ, J. (2013): Introducción al *Informe Mirrlees. Diseño de un sistema tributario óptimo*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid.

Resumen

Este trabajo recoge la lección magistral del autor en la festividad de San Raimundo de Peñafort celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Comienza exponiendo los elementos típicos que han de guiar todo sistema tributario. A continuación evalúa críticamente algunas premisas muy extendidas como la insostenibilidad del Estado de bienestar, el Estado Autonómico o la dimensión del gasto público. Finalmente reflexiona sobre los caminos a explorar para aumentar la recaudación tributaria.

Palabras clave: *Financiación del Estado, derecho financiero, ingresos y gastos*

Abstract

This paper is the magister lesson given on the festivity of San Raimundo de Peñafort at the Law Faculty of Granada. The essay starts with the exposition of the elements that should guide a tributary system. Then, the author takes a critical analysis of some classical premises, for example, the high costs of the Social State or the Autonomic State. Finally, the author reflects on the ways to increase the tax incomes.

Keywords: *State funding, Financial law, expenditures and incomes*

Recibido: 12 de enero de 2016

Aceptado: 15 de enero de 2016



Noticias de libros





**RICARDO CHUECA (DIR.), «DIGNIDAD HUMANA
Y DERECHO FUNDAMENTAL», CENTRO DE
ESTUDIOS POLÍTICOS CONSTITUCIONALES,
MADRID, 2015, 444 PÁGINAS.**

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada

Decía Feijoo, en el prólogo a su Teatro Crítico Universal, que «aquellos autores que escriben para desterrar preocupaciones comunes, no deben poner duda en que recibirá el público con desagrado sus libros». Y eso es muy probable que suceda al Prof. Chueca y a los demás miembros del notable elenco de autores del trabajo del que aquí se da cuenta, en tanto que responsables de una obra heterodoxa, a fuer de provocadora. No en vano, remueve ideas asentadas, genera dudas e interrogantes y propone soluciones plausibles: todo lo necesario para convertirla en una aportación de referencia, de lectura imprescindible. Así, exponiendo visiones complementarias de un mismo tópico, se han atrevido a hacer trizas, como ya se propusiera el ilustrado benedictino, «los comunes errores del vulgo», denunciando no sólo la debilidad prescriptiva de una expresión lábil como pocas, reiterada hasta el hartazgo, sin apenas sentido, en las normas y resoluciones judiciales, sino los riesgos que comporta su frecuente asociación con los derechos fundamentales de la persona. Por eso, que el Prof. Chueca subraye, en su imprescindible capítulo inaugural, «La marginalidad jurídica de la dignidad humana», no hace sino testimoniar cómo un nobilísimo concepto teológico, de filiación cristiana y raíz paulina, arrojado en el contexto de una sociedad esclavista; después secularizado, en la Ilustración, por la moral kantiana y, finalmente, universalizado por el Derecho Internacional humanitario, y así ha sido incorporado, al cabo, a modo de reacción antitotalitaria, por el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial, a costa de convertirlo en una referencia axiológica jurídicamente inconsistente, retórica, acomodaticia, muchas veces superflua, en tanto que manifestación de una categoría no objetivada o formalizada, carente, en fin, de eficacia contrastada para el Derecho. Aun así, el Prof. Chueca no se limita a denunciar su fragilidad, sino que apunta, también, a su potencial como elemento dinamizador y renovador de los ordenamientos, al relacionarse con la aparición de emergentes espacios iusfundamentales que requieren de reconocimiento jurídico, lo que revela su versatilidad. Mas eso no le resta un ápice de arriesgada incerteza,

habida cuenta de que tan socorrida expresión, más allá de erigirse, con manifiesta impostura histórica, en fundamento genérico de cuantos derechos han sido específicamente asegurados, es, hoy, corrientemente invocada por los operadores jurídicos, a fin de garantizar la salvaguardia de ciertos bienes públicos, restringiendo así el alcance de clásicos derechos de autonomía y libertad personal. Y es evidente que el recurso a su condición de límite inconcreto nos enfrenta al riesgo de distorsionar el sistema iusfundamental vigente. De ahí que no se pueda sino convenir con Chueca en la necesidad de acotar su significado y alcance, exigiendo su formalización.

Como era de esperar G. Gómez Orfanel, Y. Gómez Lugo, P. Veronesi y X. Bioy nos ofrecen una panorámica muy completa acerca del tratamiento que recibe la categoría «dignidad humana» en Alemania, los Estados Unidos de América, Italia y Francia, a fin de ilustrarnos acerca del desigual recurso a la categoría de referencia en esos ordenamientos. Así, en relación a Alemania, Gómez Orfanel refiere el nada pacífico debate doctrinal y jurisprudencial que ha conducido a conceptualizar a la dignidad humana como principio constitucional supremo en el que convergen los demás existentes; al tiempo que hace hincapié en los problemas generados por querer apartarla, sobre todo inicialmente, de los juicios de ponderación que afectaban a los derechos fundamentales, habida cuenta de su habitual invocación como límite a los mismos, a partir de una concepción absoluta de ella misma. Como respuesta a este callejón sin salida, Orfanel comenta con tino la evolución jurisprudencial que ha permitido alcanzar un entendimiento relativo de dicha noción, favoreciendo así su compatibilidad con el juicio de proporcionalidad. Por su parte Y. Gómez Lugo da cuenta del recurso aleatorio a la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, como principio interpretativo y, en ocasiones, fundamento de ciertos derechos garantizados en las cláusulas constitucionales declarativas de derechos. Así, tras constatar la ausencia en dicha doctrina jurisprudencial de un significado propio e independiente de derechos e intereses sustantivos, se destaca su empleo para extender y mejorar la protección de nuevos ámbitos iusfundamentales, justificando medidas antidiscriminatorias o limitando el desarrollo de actividades o conductas contrarias a determinados estándares sociales, en aras de justificar la tutela de una determinada moral colectiva. Seguidamente, P. Veronesi, en relación a Italia, reconoce las dificultades que entraña la pretensión de objetivar la dignidad humana, determinando su contenido. Por eso señala que la misma sólo adquiere una función más precisa cuando se relaciona con otros elementos del ordenamiento, viniendo a interactuar con ellos. De ahí que, por sí misma, dicha categoría se muestre residual cuando no están disponibles derechos o intereses regulados constitucionalmente. Algo, en fin, en lo que coincide, también, X. Bioy, que traza una sugerente compa-

rativa entre Francia y España, señalando la común ausencia de prescriptibilidad del principio de dignidad humana en ambos ordenamientos; razón por la cual el mismo es más bien utilizado para completar la significación y alcance de ciertos derechos fundamentales, vinculados a la libertad corporal individual; al tiempo que como límite a los derechos, en tanto que fundamento general del orden público protegido por la ley.

Ya en clave internacional europea, A. Elvira Perales y M. Fraile Ortiz insisten en la constante referencia a la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, más allá de su especial vinculación al art. 3 del Convenio de Roma. Por eso ambas autoras constatan su utilización frecuente como apoyo, refuerzo o medida orientada a legitimar decisiones dudosas o problemáticas, incluso aquellas que justifican la deferencia con la muy discrecional doctrina del margen de apreciación estatal. Y hasta para otorgarle una mayor protección a preceptos constitucionales de alcance inicialmente más limitado. La desigual recepción de esa doctrina por parte de los tribunales constitucionales portugués, belga y francés, abunda en ese sentido.

Por su parte, J. L. Requejo corrobora la muy exigua significación que posee, a día de hoy, en el Derecho de la Unión Europea, el principio de la dignidad humana, a pesar de haberse incorporado como «base misma» a la Carta de los Derechos Fundamentales, conforme al precursor modelo alemán. Así, comprobados los vaivenes jurisprudenciales de los últimos años, a Requejo le preocupa más la cuestión central que ha de llevar a determinar cuál es el ámbito de aplicación de los derechos que reconoce la Carta. Y dado que su vocación europeísta le mueve a abogar justamente por la consolidación de la posición del Tribunal de Justicia como eficaz «jurisdicción de los derechos», no desprecia, con razón, el potencial creativo que categorías como, entre otras, la de dignidad humana puedan alcanzar para maximizar las consecuencias de toda conexión, «por modesta que sea», entre el Derecho de la Unión y una relación jurídica generada en el seno de un Estado miembro, tal y como la Sentencia Akerberg Fransson (C-617/10) puso, en su día, de manifiesto. El loable objetivo que, al cabo, persigue no es otro que expandir las competencias de la Unión, en materia de protección de los derechos, más allá de las limitaciones que establecen los Tratados. Y es aquí donde la cláusula puede realizar su contribución.

En referencia a España, A. Pascual, R. Ruiz Lapeña, M. Presno y C. Zoco estudian el alcance del principio en el ordenamiento constitucional patrio. Así, A. Pascual insiste en las diferencias con el modelo alemán, descartando su condición de derecho fundamental. Eso explica que prefiera conceptuarla, más bien, como expresión de un principio o pauta directiva de normación jurídica. Por ello, en tanto

que mandato de optimización, subraya su vínculo con los derechos fundamentales de más acusada naturaleza personal: aquéllos que se reconocen por igual a españoles y extranjeros; al tiempo que menciona su más reciente adscripción a la necesidad de preservar un mínimo vital que asegure materialmente la subsistencia de las personas. Aun así, la autora recuerda que no cabe invocar la dignidad humana para autorizar o justificar el reconocimiento de nuevos derechos, abriendo así una suerte de perturbador «proceso constituyente permanente». De ahí que constate cómo la jurisprudencia constitucional recurre a la expresión, habitualmente, para reforzar o justificar interpretaciones o juicios que, en realidad, extrae de otras prescripciones jurídicas más consistentes o determinables. De ese modo sucede cuando reconoce la titularidad de derechos fundamentales a los extranjeros; cuando extiende la protección del honor a los colectivos; o cuando excluye a las personas jurídicas de la titularidad del derecho a la igualdad. Pero como acertadamente advierte, por fortuna, el Tribunal Constitucional nunca ha tenido la ocurrencia de recurrir a la dignidad humana como canon autónomo de constitucionalidad de las normas legales. De lo contrario, habría abierto la puerta a la arbitrariedad, promoviendo un creacionismo judicial del Derecho de lamentables consecuencias. En esta línea, R. Ruiz Lapeña se afana por vincular la dignidad a ámbitos especialmente sensibles, proyectando exigencias y límites a las conductas humanas. Y C. Zoco resalta el valor que alcanza la dignidad como garantía de un trato igual para todos. Seguidamente, en un trabajo muy sugestivo, M. A. Presno plantea situaciones en las que la dignidad es invocada, a veces polémicamente, como límite al libre desarrollo de la personalidad, en atención a la supuesta necesidad de garantizar unas exigencias mínimas de vida en común. Y esto, como pone bien de relieve, afecta, en ocasiones, negativamente a las minorías que observan cómo se resucita la anacrónica significación atribuida a la moral pública, hoy transmutada en dignidad humana, para habilitar a los poderes públicos a fin de que puedan cercenar el desarrollo de la autonomía personal, restringiendo así el alcance de ciertos derechos no siempre de modo justificado. Así, Presno denuncia la persistencia de preceptos legales reveladores de una concepción tan particular como cuestionable de la dignidad humana, que protegen una determinada moral social, redundando en el indeseable recorte de los derechos de libertad y autonomía de las personas. Insiste así en cómo la utilización interesada y parcial de un concepto tan sumamente indeterminado como es el de dignidad humana puede, al cabo, resultar contrario a los fines a los que dice rectamente orientarse.

Finalmente, y a modo de cierre, G. Arruego, en otro texto particularmente estimulante, viene a resaltar los problemas que genera el recurrente uso abusivo de la noción de dignidad humana en el ámbito biojurídico. Hace así referencia a

nuevas realidades, que plantean tanto posibilidades desconocidas de ejercicio de los derechos, como amenazas poco ha insospechadas, que precisan, en todo caso, de regulación jurídica. En tales esferas, el recurso a la dignidad humana se torna constante, vinculándose, ahora, más que al individuo, al ser o a la especie humana, como categoría abstracta y objetiva. De ahí que la categoría se erija en última barrera, ligada al principio de precaución. Por eso, en vez de asociarse primordialmente a la garantía de la autonomía y libertad personales, manifieste, con más frecuencia, una connotación, a menudo, tuitiva, protectora, cuando no prohibitiva de actuaciones, conductas o prácticas, restringiendo así la libertad personal en aras de preservar bienes supuestamente comunes, garantizados con carácter general. Arruego denuncia así cómo se pretende justificar la intervención pública, en detrimento de la elección individual. Se pone de manifiesto el recurso habitual a la dignidad humana a fin de erigirla en límite a la libertad científica e investigadora, de modo no siempre razonado ni justificado. Y todo ello en aras de preservar el «devenir natural de la especie humana». Así, la constatación de la inconsistencia e indeterminación que acompaña al manejo ordinario del concepto en el ámbito biojurídico, lleva a este autor a abogar, a fin de que no se torne en barrera a la investigación, porque se contraiga a expresar la igual consideración de ha de merecer todo ser humano, ligada a un efectivo mandato de no discriminación. Partiendo de ese presupuesto inexcusable cada sistema jurídico habrá de concretar, en el correspondiente catálogo de derechos, el modo de tratar lícitamente a todo ser humano.

En suma, tras destacar algunos de los muchos hallazgos que se contienen en esta obra, admirable por tantos conceptos, quisiera alentar a quienes aún no lo hayan hecho, a adentrarse en su atenta lectura, pues creo que estamos en presencia de uno de esos, escasos, trabajos que determinan un antes y un después en el tratamiento de una cuestión de relevancia creciente, merecedora de un estudio riguroso y esclarecedor, como el que en este libro felizmente se ha realizado.



**MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA, JOSÉ ASENSI
SABATER, FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
(COORDS.). CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO.
LIBER AMICORUM CARLOS DE CABO MARTÍN,
TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2016. 1382
PÁGINAS**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada

Tal y como se destacó en su presentación en el Ateneo de Madrid el día 8 de junio de 2016 este libro es la culminación temporal de un proyecto de largo alcance. Concebido como un «Liber amicorum», es el tributo a Carlos de Cabo Martín, Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid, de un grupo de académicos, de muy diferentes procedencias geográficas, de diversas disciplinas (si bien muy mayoritariamente es el Derecho constitucional la que predomina), pertenecientes a generaciones separadas por décadas.

Es, por tanto, un Libro-Homenaje, un sentido homenaje de quienes quieren rendir un honor, a la manera académica, a una figura personal e intelectual que ha representado un papel importante, en algunos casos crucial, en la trayectoria vital y humana de los 50 autores que han aportado sus contribuciones. No creo que sea irrelevante en este ámbito señalar que ninguno de los participantes en el homenaje ha podido escapar al enorme influjo que sobre ellos ha ejercido Carlos de Cabo, ya sea en su dimensión de escritor, conferenciante, conversador o profesor. Es así, también, una propuesta a la Universidad del futuro para que sea capaz de conservar, en la medida de lo posible, ese espíritu, en el que la fineza argumental y la cordialidad en el trato se han dado la mano de manera tan admirable.

Pero la relevancia de este aspecto, que no puede dejarse de lado, desde luego, hubiera convertido este libro dedicado a Carlos de Cabo, en un homenaje «malgré lui», si no hubiera detrás un proyecto científico de amplio recorrido, fruto del esfuerzo de sus editores.

Además de un tributo, estos dos volúmenes, muy cuidadosamente editados, representan un paso más en el análisis y la conceptualización de los fenómenos sociales desde el pensamiento jurídico-crítico. Tal y como subrayan los editores en la presentación del trabajo –y como más extensamente destaca el Prof. Asensi en la Laudatio

que le ofreciera con motivo de su Investidura como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Alicante¹— en Carlos de Cabo podemos encontrar, no un derroche de erudición abstracto, no una recreación nostálgica o melancólica en torno al poder y al derecho, sino una fortaleza dogmática dirigida a que el Derecho constitucional pueda ser un instrumento para hacer realidad las promesas que el constitucionalismo ofrece: un futuro de libertad e igualdad reales y efectivas, de derechos, de conquistas, de control del poder, de democracia, de solidaridad. Ese es el propósito del constitucionalismo crítico, un propósito emancipador que para ser plausible necesita acompañarse de un riguroso aparato dogmático²; del trabajo concienzudo sobre las categorías explicativas que nos permitan responder a una realidad cada vez más abierta e inestable; sometida a nuevos y durísimos ataques. La primera obligación del intelectual crítico, del constitucionalismo crítico, del constitucionalismo que pretende realizar plenamente su vocación (tal y como se destacó en la presentación del Libro por el profesor Balaguer), es la de no ceder ante la natural tendencia a la complacencia; a la inercial actitud de movernos con categorías que, aunque gastadas, tienen el regusto de lo familiar, pero que son tremendamente inapropiadas para revelar una realidad que cambia a una velocidad vertiginosa y en la que los enemigos del constitucionalismo adaptan sus estrategias en un lapso temporal que pretende dejar fuera de juego a los que postulan su defensa. Frente a esta situación, la obligación del jurista, del constitucionalista consciente de la magnitud de los desafíos, es hacer lo que sabe: poner ordenadamente en marcha sus pensamientos trabando una cadena de diálogo ininterrumpido; subir a hombros de gigantes, como gusta decir a Peter Häberle. Y de nuevo, así, retomamos la idea de este libro como un Proyecto, como una acción intelectual vitalista, que anima la continuidad de un trabajo en el que el profesor De Cabo no cesa. Es así una suerte de espontáneo (en el sentimiento), pero premeditado, contrato intergeneracional en el ámbito académico.

Lo que estos dos volúmenes nos proponen es un recorrido de éste género, separándose deliberadamente de otros homenajes al uso que sólo tienen en común el tributo que se le rinde al homenajeado. En este caso hay unos paradigmas mínimamente compartidos (siempre dentro de la pluralidad que entre los autores es claramente apreciable);

1 J. ASENSI SABATER, «Laudatio» del profesor Carlos de Cabo Martín», *Constitucionalismo crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 21-29. Se puede encontrar una primera versión en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 19, 2013.

2 Sirva como coherente muestra de lo que se afirma el trabajo de Carlos DE CABO que figura como pórtico de entrada al resto: «Propuesta para un constitucionalismo crítico», cuya primera exigencia pasa por reconocer en el derecho constitucional la cualidad de derecho del conflicto, a la que nunca debiera haber renunciado.

un espíritu, podríamos decir, similar, con el que los editores han armado una estructura dividida en los siguientes capítulos: I. Metodología. El Estado social y su crisis. El concepto de modo de producción; II. Constitucionalismo crítico; III. Constitución del más débil y constitucionalización de la solidaridad; IV. El sujeto de los derechos. V. Crisis económica y Derecho constitucional; VI. Fuentes del derecho, ley y reforma constitucional; VII. Integración europea y globalización; VIII. Representación, parlamentarismo y federalismo; IX. América latina: Estado periférico y nuevo constitucionalismo.

Una lectura de esta estructura deja adivinar que sus editores conocen, como no podría ser de otra manera, y comparten profundamente, los jalones fundamentales (no necesariamente consecutivos) del pensamiento de Carlos de Cabo en su larga aventura intelectual. Pero también, que todos los autores asumimos la viabilidad de estas categorías para expresar nuestras preocupaciones sobre las claves de bóveda de la disciplina.

Y es que, realmente, en todos estos bloques encontramos los principales retos a los que el constitucionalismo se enfrenta en este período de redefinición. La lectura de sus páginas ofrece así un completo panorama de la disciplina, de la complejidad de todos los flancos que se le abren. Son 48 trabajos, de diferentes temáticas y extensión en los que una noticia de libros no puede reparar debidamente (algunos, como el del Miguel Ángel García Herrera son el regalo de una auténtica monografía encapsulada) pero sí llamar la atención al lector para que disfrute, comparta y discuta con los autores sus tesis.

En definitiva, la comunidad científica está de enhorabuena ante este emplazamiento a pensar, a discurrir, para crear con rigor e imaginación nuevas estructuras argumentales precisas que contribuyan a revitalizar el constitucionalismo. Y no es solo un empeño de juristas, ni siquiera de los científicos sociales; es el empeño que hemos de comunicar a una sociedad profundamente desconcertada ante una serie de crisis que se suceden a toda velocidad (la crisis del proyecto europeo, la crisis económica, la crisis migratoria, la crisis de seguridad). Cuando se carecen de referentes teóricos como los que el constitucionalismo revisitado en estos dos volúmenes aporta, se corre el riesgo de caer en el nihilismo o en una suerte de abatimiento paralizante. Sin embargo, si ocurre, como en el caso que nos ocupa, que los principios de la Declaración de Derechos de Hombre y del Ciudadano toman vida y se conciben en su historicidad y en sus potencialidades transformadoras, el camino ya cuenta con referentes maduros.

Así pues, la inacabable lucha por la dignidad, la igualdad y la libertad que late tras los estudios que Carlos de Cabo ha realizado, sea sobre la teoría del Estado o de la Constitución, las fuentes del Derecho, la reforma constitucional, el parlamenta-

rismo, el federalismo, o los sujetos “débiles”, entre otros, encuentra aquí una continuación en la obra que discípulos y amigos le dedican.

PROCESO DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE MANUSCRITOS

CONTENIDO TEMÁTICO DE LOS MANUSCRITOS

La ReDCE publicará trabajos de investigación relacionados con el Derecho constitucional europeo en sentido amplio, de manera que abarca la teoría general del Derecho constitucional europeo, problemas concretos del Derecho constitucional de la Unión Europea y cuestiones referentes al Derecho constitucional de los distintos países, siempre que aborden temas de dimensión europea.

REQUISITOS FORMALES DE LOS MANUSCRITOS

1. Salvo casos excepcionales, el manuscrito no podrá superar las treinta páginas DIN A-4, con formato Times New Roman 12, espacio 1.5 y separación automática entre párrafos. Se prescindirá del uso de cursivas en el texto principal.
2. Contendrá un título y un sumario con los epígrafes más relevantes. También deberá incorporar un resumen de medio folio como máximo y una relación de palabras clave, en castellano y en inglés.
3. Las notas a pie de página estarán redactadas en formato Times New Roman 10, espacio simple y separación automática entre notas.
 - a) Para citar monografías se procederá del siguiente modo: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, trad. J. M. Beneyto Pérez, CEC, Madrid, 1985, p. 58 y ss.
 - b) Para los artículos la cita se hará así: P. HÄBERLE, “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, ReDCE, núm. 1, 2004, p. 7 y ss.
 - c) Para obras ya citadas se procederá de la siguiente manera: R. SMEND, op. cit., p. 22 y ss.
 - d) Para obras citadas previamente cuando se hayan citado varias del mismo autor, se mencionará específicamente el título de la obra referida: R. SMEND, *Constitución y Derecho constitucional*, cit. , p. 22 y ss.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE LOS MANUSCRITOS

1. Se rechazarán los manuscritos que no versen sobre un tema de Derecho constitucional europeo.
2. Dentro del ámbito temático señalado se puede tratar de un trabajo general, de un comentario jurisprudencial o de un comentario legislativo.

3. Serán criterios generales de evaluación los siguientes:

- a) Oportunidad del tema elegido.
- b) Planteamiento de la investigación.
- c) Claridad en la estructura argumentativa.
- d) Originalidad.
- e) Coherencia de las conclusiones.
- f) Conocimiento de la principal bibliografía.

PROCESO Y PLAN DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE MANUSCRITOS

1. El manuscrito se enviará en versión electrónica a los siguientes correos: balaguer@ugr.es o montilla@ugr.es, indicando el autor y modo de contacto. Los editores darán acuse de recibo y, preservando el anonimato del autor, lo enviarán a dos revisores anónimos.
2. Los revisores anónimos leerán el trabajo y emitirán en el plazo de dos meses un informe con alguna de estas posibilidades: El manuscrito puede publicarse/El manuscrito no puede publicarse si no se realizan las correcciones indicadas/ No se aconseja la publicación del manuscrito.
3. La decisión última para determinar los trabajos que se publican corresponde al equipo de dirección de la Revista, teniendo en cuenta los informes y dentro de la disponibilidad de la ReDCE. Si alguno de estos informes exige correcciones en el original evaluado, se valorará si tales correcciones han sido realizadas y, si se estima conveniente, se podrán pedir informes adicionales. En ningún caso se publicarán manuscritos con dos informes que aconsejen su no publicación.