

---

# 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

## 28

---

Año 14, número 28, Julio-Diciembre de 2017

---

Democracia estatal y europea

**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  
Valentina Faggiani

### 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  
Allessandro Pizzorusso (1931/2015)  
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 Nogueiras  
Francisco López Menuedo  
Stelio Mangiameli  
Roberto Miccù  
Alessandro Pace  
José Antonio Portero Molina  
Giancarlo Rolla  
Remedio Sánchez Férriz  
Alejandro del Valle Gálvez  
Xavier Arbós Marín

Javier Barnés Vázquez  
Carmen Calvo Poyato  
Javier Corcuera Atienza  
Ricardo Chueca Rodríguez  
Jacqueline Duthel 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  
Vasco Pereira da Silva  
José Carlos Remotti Carbonell  
Roberto Romboli  
Sixto Sánchez Lorenzo  
Jaume Vernet i Llobet  
Fausto Vecchio

Rainer Arnold  
Rafael Barranco Vela (1959/2013)  
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 Llorente (1930/2016)  
Angelo Schillaci  
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 14, número 28, Julio-Diciembre de 2017

---

**Democracia estatal y europea**

**SUMARIO**

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	7
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN	
<b>ESTUDIOS</b>	
Formas y niveles territoriales de la iniciativa popular y del referéndum en el ordenamiento suizo .....	15
REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ	
Sobre la democracia de partidos y su necesaria proyección en la Unión Europea .....	47
JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES	
La ley electoral bajo la lupa de la Corte constitucional .....	71
TOMMASO NICOLA POLI	
<b>ARTÍCULOS</b>	
¿Está en crisis el pensamiento jurídico europeo? .....	113
ALBRECHT WEBER	
Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo.....	131
SILVIO GAMBINO	
«Los contra-límites en serio» y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte constitucional italiana ....	145
SILVIA ROMBOLI	

**PERFILES/NOTICIAS**

- Retrato de Francisco Rubio Llorente ..... 187  
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

**TEXTOS CLÁSICOS**

- El horizonte jurídico de internet ..... 193  
VITTORIO FROSINI

**JURISPRUDENCIA**

- La creación de un espacio europeo de protección de los derechos humanos fundamentales: una aproximación a los obstáculos institucionales y procesales para la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ..... 205  
JOAN RIDAO MARTÍN

**LEGISLACIÓN**

- Crónica de la legislación europea del segundo semestre de 2017..... 231  
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

**FORO**

- Algunos apuntes sobre la calidad de la democracia española ..... 243  
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

**NOTICIAS DE LIBROS**

- «Die "kultur des friedens" –thema der universalen verfassungslehre. Oder: das prinzip frieden», Peter Häberle, Duncker Humblot, Berlín, 2017, 196 páginas ..... 271  
MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
- «Free speech beyond words. The surprising reach of the first amendment», M. V. Tushnet, A. K. Chen y J. Blocher, New York University Press, 2017, 260 págs..... 275  
SOFÍA ROYO ANDREU

---

# Presentación



Desde la edición del último número de la *ReDCE* se han comenzado a ver algunos movimientos esperanzadores en el proceso de integración europea, aunque los eventuales progresos han quedado en suspenso, de momento, tras el incierto resultado de las elecciones parlamentarias en Alemania, a la espera de que se pueda restablecer el eje franco-alemán, que históricamente ha sido el impulsor fundamental del proyecto europeo. Mientras tanto, la situación en Polonia es cada vez más preocupante y la dificultad para poner en marcha medidas efectivas por parte de la UE cada vez más evidente. El horizonte político a nivel europeo y global sigue degradándose si tenemos en cuenta también el primer año de la nueva Presidencia norteamericana y las negociaciones para el Brexit, además de la involución democrática en Turquía y los conflictos armados que tanto dolor están ocasionando, especialmente en Siria. Desde el lado europeo, todos estos problemas reflejan la impotencia de una Unión Europea paralizada y carente de proyecto, que está saliendo muy agotada de la crisis financiera y que necesita con urgencia nuevos impulsos.

En los últimos cuatro meses del año 2017 se ha producido una crisis importante en Cataluña de alcance europeo, no solamente por el impacto que ha tenido en las instituciones de la UE (con pronunciamientos muy claros a favor del Estado de Derecho en esa confrontación ficticia que los secesionistas han querido establecer entre legalidad y democracia) sino también por lo que ha supuesto de vulneración de principios esenciales que forman parte del patrimonio constitucional común de Europa. La sociedad catalana, se ha pronunciado ya en cuatro plebiscitos sucesivos en un plazo de tres años (esto es, han votado y han ejercido su «derecho a decidir» más de una vez por año, algo sin precedente conocido) en dos procesos que se han auto-definido como refrendatarios y en dos elecciones que se plantearon como plebiscitarias (la última, el 21 de diciembre de 2017), sin que los partidarios de la independencia hayan conseguido pasar siquiera el umbral del 50%. La conclusión es fácil: si

los secesionistas tuvieran el apoyo de una mayoría suficiente de la sociedad catalana nada de lo que han hecho en los últimos meses sería *necesario* para promover la independencia. Pero, como no tienen el apoyo de la mayoría de la sociedad catalana, nada de lo que han hecho es *suficiente* para promover la independencia. Una actitud realista y prudente les debería haber llevado a gestionar simplemente el Gobierno de la Generalitat, tras haber perdido el plebiscito que ellos mismos convocaron con las elecciones autonómicas de 2015, y a no someter a la sociedad catalana a una tensión injusta e ilegítima, porque no obtuvieron los votos necesarios para promover la independencia, ya que consiguieron menos del 48% en esas elecciones. Al no hacerlo así rompieron el primer principio fundamental en el que se basa el constitucionalismo europeo posterior a las trágicas experiencias de la Segunda Guerra Mundial: la diferenciación entre la democracia de la mayoría, que puede conformar una acción de gobierno, y la democracia constitucional, que exige el consenso entre mayorías y minorías para acordar las reglas esenciales de la convivencia. La construcción de un nuevo Estado entra claramente dentro del campo de la democracia constitucional y, por tanto, no forma parte del ámbito de decisión legítimo de la mayoría gobernante.

Renunciar a principios básicos como el Estado de Derecho, el respeto de los derechos de los que no conforman la mayoría gubernamental, la lealtad que debe darse entre las instituciones del Estado o el compromiso con la verdad de los hechos en la acción política y en el debate público, no es un buen camino a seguir por ningún gobernante en un país democrático. Envilece el espacio público y termina por afectar a la convivencia, radicalizando las posturas y generando enfrentamientos que no pueden conducir a nada positivo. En última instancia, a través del *dopaje* con el que los secesionistas han querido estimular artificialmente el proceso, han sobrevalorado su fuerza y su capacidad de actuación sin aprender las lecciones que el siglo XXI nos ha ofrecido sobre el contexto global y supranacional en el que operan los sistemas políticos y constitucionales en la actualidad. Es muy posible que a ese dopaje hayan contribuido algunas potencias extranjeras que están desde hace algún tiempo en todos los conflictos en los que pueden desarrollar un papel desestabilizador que sirva a sus intereses geoestratégicos. Ciertamente, hemos podido ver algo de eso en la crisis catalana, como lo vimos también a partir del referéndum sobre el Brexit, con las elecciones presidenciales norteamericanas y, aunque en estos casos sin éxito, en procesos electorales sucesivos en Holanda o Francia.

De ello ha tomado buena nota en este caso la Unión Europea, reforzando la convicción de que solamente cerrando filas podría afrontar los retos del futuro, como se ha podido ver claramente con el Brexit. Frente a la posición firme de la Unión Europea, que quiere resolver la salida del Reino Unido cuanto antes, los

conservadores que apoyaron el Brexit y ofrecieron a su ciudadanía un paraíso en la tierra (como ahora hacen los secesionistas catalanes con sus seguidores) se resisten a hacerlo efectivo: como poco piden cinco años para que la separación de Europa se culmine y la ciudadanía del Reino Unido pueda entrar en esa dorada Arcadia feliz. La Declaración Unilateral de Independencia «en diferido» de los secesionistas catalanes siguió la misma tendencia, manifestando la renuencia para poner en práctica el programa que querían imponer, ante la dureza de la realidad con la que chocan.

Esa realidad tiene mucho que ver con la Unión Europea y con la soledad y el aislamiento a que se vería abocado un Estado independiente catalán. Pero, sobre todo, lo que los secesionistas catalanes han desconocido es la profunda imbricación constitucional que existe ya entre el nivel europeo y el interno. Buena prueba de ello es el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, de acuerdo con el cual la Unión se compromete a respetar la identidad constitucional de los Estados, así como las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. El respeto a la identidad constitucional de los Estados establece una vinculación entre el Derecho europeo y el interno, de tal manera que la vulneración de la Constitución nacional no es ya una mera cuestión de Derecho interno, sino que tiene también un alcance europeo. Es comprensible entonces que la Unión Europea haya criticado expresamente de manera constante el proceder contrario a la Constitución y al Estado de Derecho de los independentistas.

En definitiva, la estrategia de confrontación de los secesionistas catalanes no ha tenido ningún efecto positivo apreciable y únicamente ha servido para poner en grave riesgo la convivencia democrática en Cataluña. En el camino, se han dejado una gran parte de la legitimidad que tenían antes de comenzar esta aventura, deteriorando la imagen de Cataluña en España y en el mundo. No hay ninguna justificación para eso, ni siquiera la inactividad y el dogmatismo del Gobierno de la Nación porque, por mucho que podamos criticarlo (y lo hacemos) no es un motivo válido para violentar las leyes y el Estado de Derecho.

Con todo, no podemos dejar de recordar que la Constitución del pluralismo se diseñó como un marco de diálogo y de consenso, en el que los problemas sociales pueden resolverse de manera pacífica. Cuando ese diálogo falta, la Constitución deja de cumplir una de sus funciones esenciales y comienza a perder legitimidad, porque no sirve ya como instrumento de integración. Todavía más grave es que la propia Constitución se convierta en el centro del debate político, como consecuencia de una actitud de los dirigentes políticos que impide que sirva como lugar de encuentro entre todos los sectores sociales. Eso ocurrió ya con la polémica que el actual partido

en el Gobierno generó en torno al Estatuto de Cataluña cuando era el principal partido de la oposición. Con una actitud diferente habría garantizado la pacificación del debate sobre Cataluña para una generación y habría realizado un gran servicio a nuestra Constitución y a nuestro país. Tuvo oportunidad de arreglarlo cuando ganó las elecciones y asumió la responsabilidad del Gobierno de la Nación, pero no lo hizo. Hasta ahora solamente ha conseguido agravar el problema y dar argumentos a los secesionistas. Es necesario un cambio de actitud, tan pronto como la situación se normalice, para abrir cauces de diálogo en el marco de la Constitución.

La parte monográfica del número 28 de la ReDCE está dedicada a cuestiones relacionadas con los procesos democráticos en sus distintas vertientes. Comenzando con el trabajo de Remedio Sánchez Ferriz dedicado a un sistema constitucional muy experimentado en los mecanismos de democracia directa: «Formas y niveles territoriales de la iniciativa popular y del referéndum en el ordenamiento suizo» y siguiendo con el de Jorge Alguacil González-Aurioles «Sobre la democracia de partidos y su necesaria proyección en la Unión Europea», para terminar con el de Tommaso Poli acerca de «La ley electoral bajo la mirada de la Corte constitucional».

La Sección de artículos comienza con un texto de Albrecht Weber «¿Está en crisis el pensamiento jurídico europeo?». En el número 27 de la Revista publicamos la recensión de José María Porrás Ramírez del libro en su Honor (*Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, eds. Blanke, H.-J., Cruz Villalón, P., Klein, T., Ziller, J, Springer, 2016) que fue previamente objeto de una Presentación en Granada en el Palacio de la Madraza, como ya indicamos con motivo de la Presentación de ese número 27. La publicación de este trabajo suyo en el número 28 nos permite sumarnos una vez más al homenaje a este insigne jurista europeo. Lo mismo cabe decir del siguiente trabajo de esta Sección de artículos, el del Profesor Silvio Gambino sobre «Estado social y crisis económica. Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo». Tuve ocasión de participar recientemente en el Congreso *Costituzioni, Diritti, Europa*, celebrado en la Universidad de Calabria en Honor al Profesor Silvio Gambino, uno de los constitucionalistas italianos con más proyección europea y más presencia en el debate académico sobre Europa. Con la publicación de este texto suyo quisiéramos unirnos también a ese merecido homenaje de este gran maestro y amigo. Por último, en ese contrato entre generaciones al que gusta referirse siempre el Profesor Häberle, incluimos en esta Sección un trabajo de una profesora italoespañola, Silvia Romboli, sobre una temática de gran interés y actualidad «Los contra-límites en serio» y el caso *Taricco*: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al dialogo de la Corte Constitucional italiana».

La Sección de Perfiles contiene un texto elaborado por mí y dedicado al Profesor Rubio Llorente: «Retrato de Francisco Rubio Llorente». Se trata de una semblanza centrada en la personalidad de este extraordinario jurista, que ha marcado una época de nuestro Derecho constitucional desde su fundación, a la que contribuyó de manera muy relevante en el proceso constituyente y en la configuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en sus comienzos. Como también lo hizo, en tiempos más recientes, a través de su condición de presidente del Consejo de Estado y siempre como director de la Revista Española de Derecho Constitucional.

La Sección de Textos Clásicos incorpora el del gran jurista italiano Vittorio Frosini sobre el «El horizonte jurídico de internet», del año 2010. Para quienes hemos conocido un mundo sin Internet y hasta sin ordenadores no deja de ser una muestra de la aceleración del tiempo histórico propia del siglo XXI que podamos publicar en menos de dos décadas este trabajo convertido ya en clásico. Agradecemos a nuestro buen amigo Tommaso Edoardo Frosini la autorización para publicarlo.

La Sección de Jurisprudencia incluye un trabajo de Joan Ridao Martín sobre «La creación de un espacio europeo de protección de los derechos humanos fundamentales» y dedicado a los problemas con que se enfrenta la adhesión por parte de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, en la Sección de Legislación María Luisa Balaguer Callejón incorpora referencias a normativas europeas sobre seguridad alimentaria, seguridad en el transporte marítimo y aéreo, así como seguridad financiera. También al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

En el Foro se recoge un trabajo de Miguel Ángel Presno Linera relacionado con la parte monográfica de este número y titulado «Algunos apuntes sobre la calidad de la democracia española», con propuestas muy interesantes que deberían motivar a nuestros representantes políticos para avanzar en las líneas sugeridas por el Profesor Presno.

La Sección de Noticias de Libros se dedica al último libro del Profesor Häberle, Presidente de Honor del Consejo Asesor de nuestra Revista. Se trata del Libro de Peter Häberle, *Die «Kultur des Friedens» – Thema der universalen Verfassungslehre. Oder das Prinzip Frieden*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017. La recensión de Miguel Azpitarte da cuenta del extraordinario valor y la oportunidad de esta obra, que es una muestra más de la vitalidad y la creatividad del pensamiento Häberliano. La circunstancia de que el libro se concluyera en Granada durante la estancia del Profesor Häberle en mayo de 2017 y que así se haga constar en su Prefacio por su autor, es

motivo de especial satisfacción para el equipo que edita esta Revista, como también lo es su dedicatoria a la comunidad Häberliana en el mundo.

Igualmente, en esta Sección, se da cuenta del libro recensionado por Sofía Royo Andreu y que está encabezado por el ilustre constitucionalista estadounidense Mark Tushnet a quien hace algunos años tuvimos oportunidad de acoger en un magnífico Seminario que impartió en la Universidad de Granada. Se trata del libro de M. V. Tushnet, A. K. Chen y J. Blocher, *Free speech beyond words. The surprising reach of the first amendment*, New York University Press, 2017.

En el apartado de agradecimientos, renovamos el dedicado a la editorial Thomson Reuters, por la edición impresa y en e-Book de la *ReDCE*. Igualmente, a la Fundación Peter Häberle, directamente y a través del Centro de Investigación de Derecho Constitucional «Peter Häberle» de la Universidad de Granada por su apoyo a la Revista. Por último, en el ámbito nacional, al Proyecto de Investigación DER2016-77924-P, «Los Derechos Fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado» y en el europeo, a la Cátedra Jean Monnet «ad personam» de Derecho Constitucional Europeo y Globalización.

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Catedrático de Derecho Constitucional.*  
*Catedrático Jean Monnet ad personam.*

# Estudios

---



# FORMAS Y NIVELES TERRITORIALES DE LA INICIATIVA POPULAR Y DEL REFERÉNDUM EN EL ORDENAMIENTO SUIZO

REMEDIOS SÁNCHEZ FERRIZ

*Catedrática de Derecho Constitucional. Universitat de València*

## SUMARIO:

- I. Presentación.
- II. La iniciativa popular; su significación y la reducción de su ejercicio en el ámbito federal a la propuesta de leyes de reforma constitucional.
- III. El referéndum.
- IV. El ejercicio de los derechos políticos en los municipios.
- V. Conclusión.

## I. PRESENTACIÓN

El cuerpo electoral suizo, como órgano supremo y activo de la Confederación ejerce sus funciones a través de los derechos políticos<sup>1</sup>, y lo hace con extraordinaria frecuencia pues no se limita a la emisión del voto para la elección de sus órganos representativos, sino que está presente en todas las decisiones normativas relevantes y, además, en todas las fases de su adopción.

El ejercicio de los derechos políticos es tan frecuente en Suiza que se le ha llegado a calificar como el «ADN» del régimen<sup>2</sup>. Los dos más representativos (aunque

1 Cfr. R. SÁNCHEZ FERRIZ, «El pueblo de la Confederación suiza: su significación constitucional y composición», *RDP*, núm. 95, 2016, pp. 11-38. Un intento de (la difícil) comparación entre Suiza y España puede consultarse en L. MÉRILLAT, *De la diversidad y unidad mediante el federalismo. Comparación entre el estado español de las autonomías y el estado federal suizo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2014.

2 S. GEROTTO, *Suiza. Sobre cómo se gobiernan los suizos*, CEPC, Madrid, 2015, p. 92. La democracia suiza representa así un caso único y de difícil imitación. Una interesante lectura comparativa de las intervenciones populares en, de una parte, América y las democracias europeas y, de otra, en Suiza, en G.A. FOSSEDAL, *Direct Democracy in Switzerland*, Transaction publishers, 2007, pp. 251 y ss. (con un cuadro comparativo en p. 256). Ello se manifiesta también en el ámbito cantonal, cfr. J. L. REQUEJO PAGÉS, «La reforma de las constituciones cantonales suizas», *REP*, núm. 151, 2011, pp. 363-371.

no son los únicos) son la iniciativa y el referéndum en cuyo estudio centramos este trabajo con el objeto de destacar su constante presencia e influencia en toda decisión normativa importante. A tal efecto, seguimos en la exposición dos líneas de pensamiento paralelas: de una parte, la generalidad de los efectos de tal ejercicio en los más diversos ámbitos de la vida política suiza (y, por consiguiente, en el comportamiento de sus instituciones<sup>3</sup>) y, de otra, la transversalidad territorial del uso permanente de tales derechos políticos.

La interdependencia del federalismo y la democracia (que, como recuerda Dardarelli<sup>4</sup>, se justifica históricamente) cuaja, a modo de síntesis, en esa frecuencia de la manifestación de voluntad popular en toda decisión relevante cualquiera que sea el nivel territorial en el que la misma se haya de adoptar. Dicha característica típicamente suiza no solo determina el comportamiento en las estructuras federales y cantonales, también conforma la naturaleza y la estructura municipal, pudiendo llegar a afirmarse que los municipios son lo que son por constituir el espacio natural de expresión de la ciudadanía y la peculiaridad de cada concreta estructura varía de unos a otros justamente porque varían tales modos de expresión<sup>5</sup>.

Los dos institutos democráticos en que centramos este trabajo son de uso común a la Confederación y los Cantones, aunque obviamente los requisitos cambiarán en función de la población y de otras determinaciones que la legislación cantonal pueda establecer<sup>6</sup>. La Constitución les dedica el Capítulo II (Iniciativa y

3 Desde el condicionamiento de la agenda de toda autoridad pública hasta la tradicional negativa suiza al control de constitucionalidad, pasando por la evolución de los partidos políticos, la permanente manifestación popular condiciona toda la vida política suiza. A los efectos que en las estructuras institucionales genera el permanente ejercicio de los derechos políticos, véase S. GEROTTO, *op. cit.*

4 P. DARDANELLI, «Democràcia federal a Suïssa», en M. BURGESS y A-G. GAGNON (eds.), *Democràcies federals*, Institut d'Estudis Autònòmics, Barcelona, 2013, pp. 209-233. En red: [https://reformafederal.files.wordpress.com/2014/04/iea\\_87.pdf](https://reformafederal.files.wordpress.com/2014/04/iea_87.pdf), p. 212: «la democràcia directa va quedar estretament vinculada al federalisme per produir la forma diferent de democràcia federal que ara hi ha a Suïssa».

5 Cfr. T. FLEINER, «The Current Situation of Federalism in Switzerland», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 9, 2009, pp. 51-90.

6 Otros instrumentos que no tratamos en esta ocasión limitan su uso a los niveles cantonal y municipal como es el caso de la revocación o la *langesmeinde*. De querer buscar un derecho político general para los tres niveles territoriales sin duda sería el derecho de petición para el que la Constitución federal prevé unas exigencias mínimas dirigidas a toda autoridad sin distinción. Si para ordenamientos como el español el derecho de petición es un potencial modo de conexión (muy débil desde luego, poco usado y hasta desconocido) de la ciudadanía con los poderes públicos, en el caso suizo puede parecer, sobre redundante, innecesario, al hallarse imbricado en un sistema en el que la participación

referéndum) del Título IV (Pueblo y Cantones) y los regula por separado, tal como aquí los presentamos, aunque su cabal comprensión no permite ignorar su funcionamiento paralelo y a veces también combinado, y complementario, en función de diversos momentos procesales.

Del mismo modo haremos aquí la exposición separada de ambos institutos, para conocer su procedimiento y significación, pero sin que puedan evitarse referencias comunes. Además, se tratarán conjuntamente en el último de los epígrafes en el que, más que su distinción conceptual se intenta una aproximación a la extraordinaria variedad de aplicaciones que se hallan reguladas en los ordenamientos cantonales y, muy especialmente, sobre su ejercicio en el ámbito municipal.

## **II. LA INICIATIVA POPULAR; SU SIGNIFICACIÓN Y LA REDUCCIÓN DE SU EJERCICIO EN EL ÁMBITO FEDERAL A LA PROPUUESTA DE LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL**

La iniciativa en el ordenamiento suizo, y en particular la de ámbito federal, supone siempre una llamada a todo el cuerpo electoral que acabará pronunciándose al final del proceso (como precisa, innecesariamente, el párrafo 2 del art. 138 Constitución: «se someterá al Pueblo para su aprobación»); pero su planteamiento inicial depende de una parte del mismo cuerpo electoral que varía según el contenido de la petición y el ámbito territorial en que se ejerza. Si el referéndum comporta la intervención popular al final del correspondiente proceso normativo, la iniciativa, por el contrario, se sitúa al inicio del mismo, lo estimula provocando su incoación, introduciendo un tema nuevo en la agenda política, y obligando a las élites políticas a tomar en consideración los problemas que preocupan a los ciudadanos. Tal vez,

en los asuntos públicos no es la excepción sino la regla. Sin embargo, en el ordenamiento suizo puede adquirir relevancia este derecho (en principio inocuo) hasta el punto de poder considerarse el broche de oro de las relaciones entre ciudadanos y autoridades. Y ello es así porque quienes no dispongan de medios (incluso financieros) para presentar una iniciativa o referéndum facultativo pueden manifestarse por este medio; además, la no exigencia de un número mínimo de firmas también permite que, pese a su carácter no vinculante para las autoridades, se utilice subsidiariamente en los casos en que no se consigue cumplir los requisitos exigidos para los otros instrumentos. Es el caso, por ejemplo, de la «euro iniciativa» que en 1991 solicitaba la adhesión de Suiza a la UE pero que, advirtiendo la imposibilidad de lograr las 100.000 firmas en los 18 meses de plazo máximo requerido, pudo convertirse en petición por la mayor flexibilidad que esta representaba. Pero también sucede a la inversa: que una o más peticiones pueden ir dando señales de movimientos de opinión que, al difundirse, pueden acabar en la formulación de una iniciativa.

condicionar la agenda política (y legislativa) de las autoridades constituidas sea el principal efecto que a largo plazo se podría advertir en el uso de la iniciativa.

Ello es así porque la relevancia política de la iniciativa reside más en sus posibilidades de interposición y en la permanente presencia y acción política de todos los grupos políticos y sociales, que en el logro definitivo de los resultados legislativos que en cada caso se plantean<sup>7</sup>. Además, cabe que concretas actuaciones, ya procedan de la Asamblea, ya incluso del Consejo Federal tras la presentación de la iniciativa, logren dar satisfacción a las pretensiones de sus proponentes hasta el punto de que la elaboración de un proyecto alternativo, o contraproyecto, suele conducir a la retirada de la iniciativa popular. Ello confirma la capacidad de influencia que sobre el contenido de la norma solicitada tienen las autoridades federales<sup>8</sup>; es decir, tanto en las pocas iniciativas que logran su fin, como en las que fracasan, el peso de la Administración federal es innegable; lo que no infravalora el poder popular ni la significación de los derechos políticos; a lo sumo, ilustra la complejidad y permanente interacción de los más diversos poderes en la vida política suiza.

Cuando el Capítulo II del Título IV de la Constitución regula la iniciativa para el ámbito federal, solo prevé su ejercicio «popular» para la reforma de la Constitución, ya sea parcial o total. Esta limitación de objeto en el ámbito federal ha generado mucha polémica porque, no siendo posible pedir otras reformas (legales), la Constitución de la Confederación se halla sometida a muchas reformas, no todas con relevancia constitucional, lo que introduce excesivas e innecesarias disposiciones en su texto<sup>9</sup>.

La necesidad de introducir la iniciativa en materia legislativa, también en el ámbito federal, igual que existe en los Cantones, pareció hallar respuesta, tras larga polémica, al aprobar una reforma constitucional en 2003 que introdujo en la Cons-

7 Es escaso el nivel de conclusión del proceso legislativo que se abre por la vía de la iniciativa (3% aprox.) Cfr. L. TAUXE, «La concrétisation législative des initiatives populaires fédérales acceptées en votation: un processus aux outputs très incertains», *Swiss political science review*, vol. 13, núm. 3, 2007, p. 438.

8 S. GEROTTO, «La apertura democratica del procedimento legislativo svizzero nella fase pre-parlamentare: funzionamento e ruolo della progettazione legislativa», *Diritto comparato ed europeo*, núm. 17, 1999, p. 1296. E. SÁENZ ROYO, «La regulación y la práctica del referéndum en Suiza: un análisis desde las críticas a la institución del referéndum», *REP*, núm. 171, 2016, p. 75, subraya la gran aceptación popular de la formalización por los poderes constituidos de las propuestas populares.

9 Esta fue una de las razones por las que tuvo que realizarse la reforma total de 1999, para recuperar la sistemática pérdida con más de 100 años de reformas parciales introducidas en la Constitución de 1874.

titución vigente el art. 139a<sup>10</sup>, que permitía presentar una iniciativa «genérica». Con ello, se «aportaba un nuevo derecho a los ciudadanos, el de proponer una iniciativa general pidiendo una reforma que podía afectar bien a la Constitución, bien a una ley»<sup>11</sup>, dejando en manos de la Asamblea federal la decisión entre ambas posibilidades de regulación. Pero este novedoso artículo no entró nunca en vigor a falta del desarrollo que hubiera permitido ponerla en práctica. Las autoridades federales decidieron proponer a la Asamblea otra reforma constitucional para reponer la situación previa a 2003 iniciando un proceso que finalizó el 27 de septiembre de 2009, sancionando así la limitación de la iniciativa federal a solo reformas constitucionales.

La Constitución hoy, por lo tanto, mantiene su regulación inicial, aprobada en 1999: el texto distingue entre la iniciativa dirigida a la aprobación de una reforma total de la Constitución y la que solo pretende su reforma parcial. Los preceptos constitucionales son desarrollados por la LDP (Ley de derechos políticos, de 17 de diciembre de 1976).

### 1. La iniciativa para la reforma constitucional total

Lo que distingue la iniciativa popular para la revisión total de la Constitución no son sus exigencias formales, que son coincidentes con la petición de reforma parcial (100.000 firmas obtenidas en 18 meses), sino los diversos roles que juegan en cada caso los órganos constitucionales que en ella intervienen (fundamentalmente, cuerpo electoral y Parlamento). Para la reforma total, el cuerpo electoral interviene en dos momentos con funciones distintas: apenas se haya comprobado el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos, el principio o petición de reforma se somete a un primer referéndum popular con la sola pretensión de comprobar si goza del apoyo mayoritario más allá del de los ciudadanos que formalmente la han firmado. Distinta es la segunda intervención popular cuando ya la iniciativa haya sido deliberada y aprobada, no solo porque su finalidad ahora es la de aprobar o rechazar el nuevo texto, sino también porque se exige una doble mayoría que es como decir que el recuento de votos es ahora doble en la medida en que con los mismos sufragios se han de expresar dos voluntades: la del cuerpo electoral en su conjunto, por una parte, y, por otra, la de cada uno de los Cantones.

10 El texto fue aprobado en votación popular de 9 febrero 2003 y derogado por votación de 27 septiembre 2009. Cfr. [www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19995395/index.html#a139a](http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19995395/index.html#a139a)

11 Un estudio detallado de esta reforma en M. HOTTELIER, «Suisse: réforme des droits populaires de rang fédéral», *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2003/3, núm. 55, 2003, pp. 657-670. En red: <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2003-3-page-657.htm>.

Pero esa diversidad en la función y naturaleza de la doble intervención popular también puede advertirse en la participación del Parlamento (de dos Parlamentos, en realidad) que si en un primer momento no tiene más papel que el de certificar la correcta presentación de la iniciativa y, consecuentemente, trasladarla a todo el cuerpo electoral para que se pronuncie sobre su aceptación (para poder iniciar su estudio), en ese posterior momento (de estudio y deliberación) la institución parlamentaria juega un papel esencial por ser quien dará forma a la norma. Todo ello sin perjuicio de la necesidad de que deba ser votada de nuevo en el referéndum final, por supuesto obligatorio, dada la relevancia de la materia<sup>12</sup>. Este referéndum final tiene extraordinario interés y nos confirma que el Parlamento no goza de total libertad en la determinación de los diversos aspectos normativos de la reforma que se le ha propuesto, sino que, al contrario, cumplirá su función sin que pueda ignorar las diversas posiciones del electorado, ni la fuerza electoral de sus eventuales divisiones, con el fin de no dar al traste con el trabajo que, después, se ha de someter a referéndum.

Por lo demás, parece obvia la única vía de presentación de la reforma total que será de formulación genérica, a modo de propuesta como «principio de reforma» aunque ello no impide que pueda verse acompañada de algunas indicaciones, o líneas generales, a modo de justificación de los fines perseguidos con la propuesta. No así, cuando de lo que se trata es de proponer una reforma parcial de la Constitución pues, como enseguida veremos, cabe la doble posibilidad de presentar una propuesta en forma genérica o una propuesta articulada.

## 2. La iniciativa para la reforma parcial de la Constitución

La iniciativa popular para la revisión parcial de la constitución fue introducida en 1891, tras la reforma total de la Constitución en 1874; entonces solo se requería la firma de 50.000 ciudadanos, pero tal exigencia se elevó a 100.000 en 1977 como consecuencia del considerable aumento del cuerpo electoral derivado del reconocimiento del derecho de voto a la mujer en 1971, de suerte que, sobre mantener con tal aumento el nivel porcentual de la exigencia de firmantes, se quiso evitar además una utilización abusiva de dichas instituciones.

Es en ella donde, como se acaba de afirmar, se establece la doble posibilidad de que se presente la iniciativa en forma genérica o en forma articulada, lo que

12 Que por ello mismo también se somete al procedimiento de consultas *ex art.* 147 Const. Cfr. R. SÁNCHEZ FERRIZ, «Un mecanismo de integración federal y ciudadana: las consultas "pre-normativas" del ordenamiento constitucional suizo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 353-376.

comporta diversidad, aquí también, de funciones o de margen de actuación para la Asamblea nacional; pues, si en el primer caso su intervención es decisiva al elaborar el texto jurídico a partir de la propuesta del principio de reforma formulado por 100.000 electores, en el segundo que es el más utilizado en la práctica, el papel de la Asamblea federal se limita a someter el texto que los firmantes han presentado al cuerpo electoral en su conjunto y a los Cantones con la posibilidad, no obstante, de manifestar su posición, favorable o no, y en este segundo caso, pudiendo preparar y someter igualmente a votación un «contraproyecto».

### 3. Regulación de la iniciativa: presentación y causas de nulidad

La exigencia de 100.000 firmas, ya se ha dicho, es común a los diversos tipos de iniciativas ya mencionadas (para revisión total y para revisión parcial ya se presente en términos genéricos o en forma articulada), como también lo es la función de comprobación de las firmas presentadas y del cumplimiento de los requisitos que al efecto de su presentación enumera el art. 68 LDP, cuya comprobación corresponde a la Cancillería federal; de ésta (haciendo pública la recogida de firmas) depende el comienzo del plazo máximo para completarse tal recogida de firmas, que es de 18 meses (art. 71 LDP). Debe, sin embargo, aclararse que la primera publicación de la Cancillería federal, dando lugar a la apertura del referido plazo, se limita a indicar dicha apertura tras un examen de la documentación presentada en la que constará el título (y en su caso el texto articulado), la identificación de los promotores, en número que oscila entre 7 y 27, y el Cantón o Cantones a que pertenecen, así como una cláusula relativa a la eventual retirada de la iniciativa (*ex* art 73 LDP) y, por último, la cláusula de reconocimiento de los arts. 281 y 282 del Código Penal referidos a la corrupción y fraude electoral<sup>13</sup>. Cosa distinta es el posterior depósito en bloque de todas las firmas cuyo control y vigilancia también compete a la Cancillería federal la cual, si el resultado es positivo, deberá publicarlo con expresión del número de las firmas válidas y de las nulas que corresponden a cada Cantón (art. 72 LDP). Pero ya en el examen preliminar la Cancillería analiza si el título es falaz, o contiene elementos publicitarios o induce a confusión y lo modifica, si procede, debiendo antes de la primera publicación oficial analizar la concordancia lingüística y proceder a las traducciones oficiales para su publicación, de conformidad con el art. 69 LDP.

La Asamblea puede declarar total o parcialmente nula cualquier iniciativa popular por una de las tres razones que establece el art. 139 de la Constitución: que en

13 Texto en <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19370083/index.html#a281>

ella no se respete el principio de unidad, ya sea de forma o de materia, o que no se respeten las reglas imperativas de Derecho internacional<sup>14</sup>. Naturalmente, la unidad de materia (que el art. 75 LDP interpreta como la existencia de conexión intrínseca entre los contenidos de la propuesta) puede ser apreciada y analizada en el caso de la iniciativa que pretenda una reforma constitucional parcial pero no en el caso de la reforma total que, lógicamente, afectará a materias diversas y, por consiguiente, le es inaplicable el principio de unidad de materia.

Parece lógico pensar que los principales problemas podrían presentarse en las iniciativas articuladas (y por consiguiente solo en las de reforma constitucional parcial) en las que, según se ha dicho ya, la capacidad de intervención del Parlamento es bien escasa al limitarse éste a poner en marcha el procedimiento de sometimiento de la reforma al referéndum popular; en este caso tiene especial aplicación el art. 99 LParl (Ley del Parlamento, de 13 de diciembre de 2002)<sup>15</sup> que ordena la no alteración de las iniciativas por tener que someterse al pueblo y los Cantones en todas sus partes válidas y en su tenor original. Sin embargo, en el caso de las iniciativas genéricas, sin texto acabado, resulta más difícil que, siendo la Asamblea Nacional la que lo redacta (tras la necesaria presentación a la misma del correspondiente proyecto por parte del Consejo federal, en la forma establecida por el art. 97 LParl), se produzcan tales errores constitucionalmente prohibidos. Este distinto papel de la Asamblea Nacional, según se trate de iniciativa genérica o articulada explica la importancia que también se concede al principio de unidad de forma, es decir, a la exigencia contemplada en el art. 139.2 de la Constitución, en cuya virtud no cabe presentar la iniciativa en parte articulada y en parte genérica por ser, como se acaba de ver, supuestos para los que existe tratamiento y procedimiento diversos<sup>16</sup>.

Las razones de tal declaración de nulidad responden a fines distintos pues si la unidad de la materia responde a la necesidad de respetar las reglas por las que se logra la garantía constitucional (art. 34 Constitución) de la libertad del voto (en especial la claridad que permita una cabal comprensión y una decisión libre de quienes han de votarla), la unidad de forma, es decir, la exigencia de que la iniciativa sea claramente genérica o clara y definitivamente articulada, responde a una lógica

14 Al margen de las causas de nulidad expresadas también se ha consolidado la exigencia de «ejecutabilidad» o viabilidad práctica de lo solicitado en la iniciativa aun cuando no haya llegado a concretarse en el texto constitucional. Por todos, S. GEROTTO, *op. cit.*, p. 96.

15 Texto en <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20010664/index.html>

16 El art. 98 LParl reafirma la obligación de la Asamblea de someter al pueblo y Cantones la iniciativa, lo que, en función de su naturaleza, según se ha dicho ya, deberá hacerse en modos distintos.

de unidad procesal en la medida en que, como ya se ha dicho y aun vamos a ver, el procedimiento es distinto. Pero la práctica, afirma Aubert<sup>17</sup>, es mucho más generosa que las formulaciones teóricas y en más de un siglo la Asamblea no ha invalidado más que contadísimas iniciativas.

La obligación de respetar el «*ius cogens*» del Derecho internacional exige saber qué normas concretas lo conforman y en este sentido, y pese a algunos resultados referendarios que han escandalizado a la ciudadanía europea, en Suiza se ha consolidado una amplia concepción del mismo en el que se comprende el derecho humanitario; por esta razón, se declaró nula una iniciativa en 1996 que pretendía establecer lo que hoy se denomina «devolución en caliente» (de solicitantes de asilo clandestinos) y no, en cambio, por más que se intentó, la iniciativa contra la construcción de minaretes, de 2009, en que se ponía en juego la libertad religiosa<sup>18</sup>.

Por último, ha de tenerse en cuenta también la posibilidad (*ex art. 73 LDP*) de que una iniciativa sea retirada por sus promotores, para lo cual se necesitará la firma de la mayoría absoluta de los mismos; pero debe llevarse a cabo antes de que el Consejo federal haya acordado convocar al cuerpo electoral para su votación puesto que entonces ya no se podría retirar como tampoco podrá retirarse la iniciativa genérica después que la haya aprobado la Asamblea.

#### 4. Procedimiento para la aprobación o rechazo de la iniciativa

En lo que se refiere al procedimiento propiamente dicho ya se aludió a la diferencia entre la iniciativa de reforma total de la Constitución y la de reforma parcial debiendo también ahora distinguir entre las dos formas que puede presentar la iniciativa. Sin duda, lo más significativo del primer caso es la exigencia de un primer referéndum para comprobar que la mayoría del cuerpo electoral está de acuerdo con el planteamiento de la iniciativa, lo que provocará la inmediata disolución del Parlamento para que sean las nuevas Cámaras las que estudien la reforma que se someterá de nuevo al cuerpo electoral, aunque en esta ocasión se trata de un sometimiento doble, tanto al cuerpo electoral federal como a los Cantones. Ello, sin embargo, (aunque ya se ha dicho, hemos de repetirlo) no supone que hayan de celebrarse dos

17 J-F. AUBERT, y P. MAHON, *Petit commentaire de la constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zúrich, 2003, p. 1093.

18 A. PETERS, «El referéndum suizo sobre la prohibición de Minaretes», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 429-31, relata todas las reticencias de la Asamblea Federal, consciente de la violación del Derecho Internacional, pero obligada a someter la iniciativa al voto popular por no formar parte del «*ius cogens*».

elecciones sino que sobre los resultados del referéndum final (obligatorio) se lleva a cabo un doble recuento: el que exige mayoría del cuerpo electoral federal para la aprobación final (o ratificación) del texto y el de votos populares en cada uno de los Cantones cuya mayoría respectiva será considerada como voluntad del Cantón debiendo también lograrse la mayoría de los Cantones para que se entienda aprobada la reforma. Por lo tanto, son en realidad tres mayorías las que han de concurrir para finalizar el proceso positivamente: la del cuerpo electoral de la Confederación, la del cuerpo electoral de cada Cantón (para conocer su respectiva voluntad) y la de los Cantones.

La vigente Constitución de 1999 se aprobó por este procedimiento, aunque estas previsiones formales apenas dan cuenta de la complejidad y de la dilatación de un proceso que ha durado décadas y que en el ordenamiento suizo se desarrolla por fuerza con gran lentitud por los múltiples actores que intervienen en toda reforma y con más razón aún en la constitucional de carácter total. De tal suerte es ello así que el proceso completo, a diferencia de lo que ocurre en el caso italiano o el español (entre otros europeos) se prolonga y complica por procesos al margen, aunque en conexión, del propiamente parlamentario. Dicha reforma no requiere un procedimiento diverso del legislativo ordinario y, por consiguiente, las especialidades de la misma giran en torno a la existencia de la iniciativa popular de la que nos estamos ocupando y cuanto ello comporta de actividad por parte de los órganos estatales además del complejo proceso de las consultas prenormativas, que tampoco es propiamente fase parlamentaria sino previa<sup>19</sup>.

El Consejo Federal, cuando quede perfectamente determinada la aceptación de la iniciativa, comienza sus trabajos preparatorios para presentar ante la Asamblea tanto el proyecto redactado como el Mensaje que la ha de acompañar. Como es lógico, la actuación de las Cámaras en dicho proceso se regula en la LParl (arts. 96 y ss.). El art. 97 de dicha Ley establece el plazo de un año máximo (desde el depósito de una iniciativa popular confirmada) para que el Consejo federal presente a la Asamblea federal el mensaje con el proyecto correspondiente; y el mismo plazo queda también establecido para que el mismo órgano presente a la Asamblea la documentación correspondiente cuando se trata de una iniciativa popular genérica con el propósito de que se realice una reforma parcial de la Constitución. El plazo podría prorrogarse seis meses más para el caso que el Consejo acompañe la documentación

19 Y. PAPADOPOULOS, «La consultation: Un outil de gouvernabilité? Fonctions et dysfonctions de la phase préparlementaire», en *LeGes II*, 1997, p. 43.

referida de un contraproyecto o de un proyecto de ley estrechamente relacionado con tal iniciativa.

Pero, en realidad, tanto en el presente caso de propuesta de reforma constitucional como en el proceso legislativo ordinario (según se ha dicho ya, coincidentes en general) la mayor complejidad en el «iter» parlamentario se produce por obra de las exigencias propias del bicameralismo que, a diferencia del caso español (profundamente desigual), es en Suiza perfecto; por ello, cuando existen discrepancias entre las dos Cámaras federales la cuestión se complica y se dilata más si cabe su conclusión. Tal situación se halla prevista en el art. 156 de la Constitución que, tras establecer que el Consejo Nacional y el Consejo de Estados deliberan separadamente, dispone que las decisiones de la Asamblea Federal requerirán la aprobación de los dos Consejos. De ahí que el propio párrafo 3 del mismo artículo establezca la necesidad de que, en caso de divergencias entre las dos Cámaras, se garantice que se llegará a una decisión común en los casos que afecten a la validez o la nulidad parcial de una iniciativa popular, o a la articulación de una iniciativa popular genérica aprobada por la población.

La Ley del Parlamento ha desarrollado este proceso en sus arts. 89 y siguientes, disponiendo que si una de las Cámaras difiere de lo aprobado por la otra, deberá reenviarse, de nuevo, el proyecto a ésta<sup>20</sup>. Si tras tres estudios sucesivos en cada Cámara éstas no llegan a un acuerdo, se designará una Comisión de conciliación (con 13 miembros de cada parte) que trate de lograr el acuerdo (art. 91 LParl) y que, tras deliberar, aprobará por mayoría una propuesta para ambas Cámaras (art. 92 LParl) que deberán revisarla por última vez puesto que, de no llegar a un acuerdo, decae el proyecto.

## 5. Iniciativa y texto alternativo elaborado por la Asamblea

No siendo tan complejo ni dilatado el proceso cuando la petición es de reforma constitucional parcial (que lógicamente constituye la práctica totalidad de las iniciativas presentadas), sin embargo también reviste alguna complejidad en los casos en que la Asamblea redacta un contraproyecto, situación que provocó la reforma<sup>21</sup> del

<sup>20</sup> Aunque, tras la primera discusión y deliberación, en las posteriores revisiones hasta que se llegue al acuerdo entre las dos Cámaras, solo deberán analizarse los aspectos sobre los que se discrepa (pero cabría una nueva consideración de aspectos concretos si se hallan vinculados a los cambios introducidos por la otra Cámara o cuando las Comisiones competentes lo estimen conveniente), arts. 91-93 Lparl.

<sup>21</sup> Realizada por Ley Federal de 8 oct. 1999, en vigor desde 1° marzo 2000 (RU 2000 411; FF 1999 6784). Texto en <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19760323/index.html#a76>

art. 76 LDP en la forma que veremos. Antes, sin embargo, hay que recordar que para la Asamblea existen varias posibilidades:

Si la iniciativa es genérica y la Asamblea comparte su planteamiento, deberá estudiarla y prepararla para someterla al voto popular. Ahora bien, puede que la Asamblea se halle en desacuerdo con tal iniciativa y por tanto la rechace; aun así, no puede dejar de someterla a votación, en un referéndum preliminar, por el que se decide si se le debe dar curso. En caso de que el cuerpo electoral la ratifique, la Asamblea Federal no podrá dejar de elaborar el proyecto en el sentido pedido por la iniciativa para, de nuevo y tras su preparación, someter el texto al pueblo y los Cantones. Pero este deber de estudio y deliberación por parte de la Asamblea Federal, incluso a su pesar, no impide que en ese proceso parlamentario se puedan plantear las divergencias de contenido entre las dos Cámaras (a las que me acabo de referir), lo que es una situación que no solo prolonga el proceso, sino que podría finalizar con la muerte del proyecto.

Ya quedó dicho «supra» que el papel del Parlamento apenas resulta relevante en el caso de las iniciativas articuladas pues, a diferencia de las genéricas, que debe redactar antes de someterlas al pueblo, en las articuladas apenas sí tiene otra función que someterlas al cuerpo electoral. Ello, no obstante, la Asamblea podría pronunciarse recomendando la aceptación de la iniciativa y puede, incluso, formular un texto alternativo.

La votación popular entonces adquiere cierta complejidad que dio lugar a varios modos de actuación durante la vigencia de la Constitución de 1874. En principio, se votaban los dos textos y prevalecía el que obtuviera más votos, no pudiendo votarse los dos a la vez y, por consiguiente, debiendo elegir entre ambos. A partir de 1987 una reforma constitucional permitió votar los dos textos a la vez planteándose el problema de que uno de ellos pudiera obtener la mayoría en el recuento del voto popular (federal) y el otro la de los cantones a partir de lo cual debía la Asamblea revisarlos haciendo una síntesis que sería la que entraría en vigor. Pero aún ha habido una tercera posibilidad que es la ahora vigente y cuya regulación se establece en el 139b de la Constitución y en el art. 76 LDP (reformado, según se ha dicho ya, en el 2000) en cuya virtud cuando la Asamblea prepara un contraproyecto en la votación se ha de responder a tres cuestiones: a) si se prefiere la iniciativa popular al derecho vigente, b) si se prefiere el texto alternativo al derecho vigente, y c) cuál de los dos textos tendría que entrar en vigor en caso de que el pueblo y los Cantones los hayan preferido respecto del derecho vigente, de modo que esta tercera pregunta serviría para resolver el problema aludido de aceptación de ambos textos a la vez.

La LDP introdujo la obligatoriedad<sup>22</sup> de la formalización de la eventual retirada de la iniciativa en el caso de elaboración de un contraproyecto que acoja los principios de los proponentes iniciales (o firmantes de la iniciativa). No obstante, también esta obligatoriedad fue derogada por una iniciativa parlamentaria que concluyó en la Ley Federal, de 25 de septiembre de 2009 (sobre retirada condicionada de una iniciativa popular)<sup>23</sup>. Resulta de gran interés la lectura del mensaje del Consejo Federal en defensa de tal reforma<sup>24</sup>, por constituir un ejemplo paradigmático del diálogo que se suele establecer entre ciudadanía y poderes representativos. En síntesis, esta ley de reforma de la LDP venía a resolver el problema derivado del vacío que se genera cuando, ante la existencia de un contraproyecto (que satisface los intereses de quienes interpusieron la iniciativa popular), se retira la iniciativa y después dicho contraproyecto no llega a su fin por ser combatido mediante referéndum. Por ello la propia LDP (art. 73, párrafo 2) establece la retirada «en suspenso» o diferida puesto que no se hará efectiva hasta que el contraproyecto obtenga todos los beneplácitos populares.

Ahora bien, la redacción de un contraproyecto por parte de la Asamblea no es la única manera de dar solución a la pretensión popular manifestada en la iniciativa que, según se acaba de ver, se retirará si el contraproyecto prospera. Esta forma de reaccionar la Asamblea asumiendo la iniciativa se conoce como «contraproyecto directo» y está previsto por la propia Constitución (art. 139 y 139b) pero también esa misma aceptación se puede realizar por lo que se conoce como «contraproyecto indirecto»; es decir, que, bien la Asamblea elabore una ley con el contenido y el sentido de dicha iniciativa popular, o bien el Consejo Federal elabore un Decreto en el mismo sentido pudiendo, en ambos casos, dar lugar a la retirada de la iniciativa en la medida en que los fines perseguidos por los promotores se hubieran visto satisfechos por tal actuación normativa. La citada reforma de 2009 también se aplica a estos su-

22 Desde 1906, en que un comité promotor de iniciativa pidió delegación expresa para poder retirarla si se formulaba un contraproyecto que satisficiera los fines perseguidos por la iniciativa, se fue difundiendo dicha práctica e, incluso, adquirió reconocimiento legal desde 1950 pero solamente con carácter facultativo. La obligatoriedad introducida por LDP no fue asumida con carácter general por los Cantones de modo que en ellos convive la solución obligatoria (en unos) con la facultativa (en otros). Cfr. E. GRISEL, *Initiative et référendum populaires. Traité de démocratie semi-directe en droit Suisse*, Stämpfli Editions, Bern, 2004, pp. 172 y 182.

23 Entró en vigor el 1 feb. 2010 (texto en <https://www.admin.ch/opclit/official-compilation/2010/271.pdf>).

24 Ver en <https://www.admin.ch/opclit/federal-gazette/2009/3019.pdf>

puestos pues, en última instancia, se trata de garantizar que la retirada de la iniciativa quede en suspenso hasta que la norma alternativa se concluya sin oposición popular.

La cuestión reviste extraordinario interés desde la perspectiva del aludido diálogo que no solo se produce entre autoridades y electorado sino entre las diversas manifestaciones de éste. Piénsese que es perfectamente posible que una parte del electorado ceda en la retirada de la iniciativa ante un proyecto parlamentario o del Consejo Federal, pero puede existir otra fracción electoral que interponga a dicho proyecto un referéndum facultativo poniendo en riesgo su conclusión.

## 6. El ejercicio de la iniciativa en el ámbito cantonal y municipal

Todos los Cantones prevén la iniciativa popular, en materia constitucional y legislativa; es decir, que el número de ciudadanos que en cada caso se establezca, puede igualmente solicitar una reforma de la constitución cantonal o la reforma, derogación o aprobación, de una norma legislativa. Pero la diversidad en cada ámbito territorial es tal (en la medida en que disponen de autonomía para regular el ejercicio de los derechos políticos) que es difícil establecer una regla general, debiendo fijar varias líneas generales en las que encuadrar diversos grupos de Cantones, aunque sí es general el doble tipo de iniciativa mencionado, debiendo precisarse que la que pretende la reforma constitucional viene impuesta por la propia Constitución federal que en su art. 51. 1 ordena que la constitución cantonal «pueda ser revisada siempre que la mayoría del pueblo lo exija»<sup>25</sup>. Por ello, todos los Cantones prevén la iniciativa popular para la reforma parcial o total de la Constitución respectiva, aunque en rigor solo la primera viene impuesta como condición para lograr la garantía federal<sup>26</sup>. También cabría establecer como característica general la libertad de que goza cada Cantón para establecer el número de firmantes exigidos para presentar una iniciativa popular, de cualquier naturaleza que sea, dando por sentado que solo

25 Para J. L. REQUEJO, *op. cit.*, p. 367, ello convierte a los Cantones en el único caso de entidades territoriales integradas en un Estado soberano que aún conservan un vestigio de soberanía.

26 E. GRISEL, *op. cit.*, p. 37, avala esta interpretación (frente a quienes creen que la garantía constitucional exigiría ambas previsiones, la de reforma parcial y total) en base a dos razones: por una parte no sería lógico que se imponga la iniciativa para una revisión parcial si al tiempo no se exige también que sea totalmente articulada, pues ambos elementos se hallan íntimamente ligados; y, por otra parte, tal exigencia resultaría incompatible con la interpretación histórica de la Constitución federal pues cuando estableció la obligación de que los Cantones reconocieran el derecho de iniciativa, no existía más que la reforma total no pudiendo haber pensado entonces en otra posibilidad que la existente.

podrán firmarla quienes tengan su domicilio en el Cantón en que se presenta y donde, por consiguiente, se ha de tramitar (art. 39 Constitución).

Pero sí ha de haber coincidencia sobre los requisitos de toda iniciativa pues, como en el ordenamiento federal, podrían ser anuladas de no respetar el principio de unidad de forma y de materia, así como la viabilidad de la propuesta; además, en los Cantones se añaden dos nuevas exigencias respecto de las requeridas para las iniciativas federales (al constituir partes de un ordenamiento integrado) que son: la conformidad con las normas superiores y la exigencia de que se respete también el principio de unidad de rango que en este ámbito sí podría contravenirse ya que cabe tanto una iniciativa constitucional como una legislativa por lo que hay que evitar la confusión entre funciones de orden constituyente y otras de carácter legislativo.

Ello no obstante, refiere Grisel, la introducción en algunos cantones de la iniciativa «genérica» o «de tipo único» que vendría a ser semejante a la que, sin éxito, se quiso introducir en el derecho federal puesto que deja en manos del Parlamento la función de determinar el rango normativo de su desarrollo; entre los modelos existentes, baste citar el de la Constitución del Jura que solo admite la mencionada iniciativa «de tipo único» y el que se desarrolla en varios Cantones que compatibiliza los dos tipos de iniciativa, la de carácter general y la articulada<sup>27</sup>. El control sobre la validez de las iniciativas se realiza, según cantones, por el órgano legislativo o por el ejecutivo siendo en todo caso impugnable la decisión ante el Tribunal federal. Por último, entre tantas particularidades existentes basta ahora con recordar que algunos Cantones regulan la iniciativa, también, en materia administrativa, y que el Cantón de Zúrich<sup>28</sup> llega al punto de reconocer el derecho de iniciativa a las comunas e, incluso, a cada ciudadano individualmente.

En lo que respecta al análisis del ejercicio de los derechos políticos en el nivel municipal, necesariamente ha de ser generalista; no solo porque importe menos el detalle que las grandes líneas de principio, sino por su extraordinaria complejidad derivada de la diversidad que la autonomía de los municipios genera en el sistema. Dando por supuesto que por mandato constitucional son los Cantones los que regulan la autonomía local, la diversa actitud de los mismos frente a esta competencia

27 E. GRISEL, *op. cit.*, p. 212.

28 Constitución de 27 feb. 2005. Texto en <https://www.admin.ch/opclit/classified-compilation/20051651/index.html>, cuyo art. 24 atribuye la iniciativa a 6.000 electores, o a cualquier autoridad, o a cualquier ciudadano con derecho a voto.

introduce un elemento más de variedad<sup>29</sup> pues cabe encontrar una amplia autonomía en los municipios de Grisonas cuya constitución cantonal es muy parca en dicha regulación dejando, por consiguiente, amplio margen a los municipios; mientras que el Cantón de Ginebra regula con tanto detalle las competencias municipales que el margen de la autonomía local es francamente estrecho<sup>30</sup>. Sin ser tan extremista, también el Cantón de Neuchâtel somete a estrecha vigilancia a sus municipios a través del Consejo de Estado. En todo caso, por la problemática común que presentan la iniciativa y las votaciones referendarias en lo local, volveremos a esta cuestión tras el estudio del referéndum.

### III. EL REFERÉNDUM

#### 1. Iniciativa y referéndum, dos caras de una misma moneda

Sin el referéndum, en realidad los referéndum, que concurren en toda reforma constitucional (frecuentes como se sabe, en Suiza), la iniciativa que se acaba de comentar no se distinguiría demasiado de las regulaciones que otros ordenamientos (como el español) ofrecen<sup>31</sup>; pues en el caso suizo, como se ha visto, no solo deberá ser aprobada la decisión última por el cuerpo electoral y «por los Cantones» en forma «típicamente helvética»<sup>32</sup> como he explicado antes, sino que, además, se acude a la participación referendaria en etapas procedimentales intermedias, bien porque lo que se solicite sea una reforma constitucional total, bien porque se trate de una reforma parcial formulada genéricamente, o bien porque el Parlamento discrepe de la iniciativa. En todos los casos, la intervención del cuerpo electoral es taxativa y vinculante para marcar el trabajo que ha de hacer el Parlamento respecto de cada

29 Tal como recuerda A. AUER, «Le caratteristiche della democrazia diretta locale in Svizzera», *Amministrare*, 1999, p. 194.

30 Así, el art. 2 de su Ley de Municipios establece que «la autonomía municipal se ejerce en el marco del ordenamiento jurídico, en particular, en el marco de las competencias cantonales y federales, así como bajo el poder de supervisión a que se halla sometido el municipio».

31 La iniciativa del art. 87.3 de la Constitución española es, sin más, un modo de pedir que el Parlamento se ocupe en legislar sobre una determinada cuestión sin más participación popular que la presencia en él de tres personas del comité para defender la propuesta caso de que sea admitida; pero, apenas presentada, no existe garantía alguna siquiera de que pase el primer trámite parlamentario, de toma en consideración de la propuesta sin la cual siquiera se inicia discusión alguna.

32 Por todos, S. GEROTTO, «La dinamica costituzionale nella Confederazione svizzera: qualche spunto di riflessione sul ruolo dei diritti popolari nel procedimento di revisione costituzionale», *Il Diritto della Regione*, (*Liber amicorum per Nino Olivetti Rason*), n.º 5-6, 2009, pp. 119 y ss.

iniciativa, y para determinar la eficacia última de la norma aprobada que no entrará en vigor sin la preceptiva ratificación popular.

En definitiva, hemos de concluir que la iniciativa es determinante en el sistema suizo gracias al auxilio del referéndum que, tras la interposición de aquella, garantiza la dirección popular del proceso hasta su conclusión. Tal como vamos a ver de inmediato, si bien pueden convocarse referéndum en forma independiente e incluso con objetos distintos ya sea por su naturaleza constitucional o no, ya por los efectos perseguidos (de aprobación, desaprobación o de derogación), no cabe, sin embargo, la tramitación de una iniciativa sin que se lleve a cabo, cuanto menos, un referéndum.

## 2. Concepto y clases de referéndum

El referéndum es el instrumento reconocido por la Constitución para que el pueblo y los Cantones se pronuncien, como última instancia, sobre la adopción o rechazo de un texto legislativo o constitucional. Grisel<sup>33</sup> lo define como «el derecho, absoluto o relativo, reconocido por la Constitución a los ciudadanos para que se pronuncien sobre un proyecto aprobado por otro órgano estatal, generalmente el Parlamento». Su objeto es siempre un acto jurídico que deriva de la competencia de alguno de los órganos elegidos<sup>34</sup>.

La Constitución distingue dos grandes tipos de referéndum: el obligatorio, al que dedica el art. 140, y el facultativo que se regula en el artículo siguiente. Pero cabe distinguir también sus diversas manifestaciones en función de la materia sobre la que actúan (referéndum constituyente, de reforma constitucional, los referidos a decisiones de soberanía<sup>35</sup> entre los cuales los de la integración internacional constituirían un caso especial y, por último, los legislativos). Por los sujetos a quienes corresponde decidir, cabe también distinguir los referéndums en que se contabiliza la voluntad del cuerpo electoral o los que se resolverán en función de la «doble mayoría»<sup>36</sup> representada por el pueblo y por los cantones, quedando estos reunidos en el párrafo 1 del art. 140 en el que se establece que: «Deberán ser sometidos al voto del pueblo y

33 E. GRISEL, *op. cit.*, p. 297.

34 La Constitución federal (arts. 140 y 141) regula en forma bastante sistemática y clara el ejercicio del referéndum en el ámbito federal.

35 El ejemplo propuesto por A. AUER y otros, *Droit constitutionnel suisse*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2006, p. 263, sobre la creación del Cantón Jura (referéndum de 24 de septiembre de 1978, por aplicación del art. 53.2 Const.), es clarificador para este concreto tipo.

36 La aplicación de tal criterio de distinción, en realidad, depende del momento o fase del desarrollo del iter legislativo en que se haya de convocar el referéndum.

de los cantones: a. las revisiones de la Constitución; b. la adhesión a organismos de seguridad colectiva o a comunidades supranacionales; c. las Leyes Federales declaradas urgentes desprovistas de base constitucional y cuya validez sobrepase el año; estas leyes deberán someterse a la votación en el plazo de un año a partir de su adopción por la Asamblea Federal».

En cambio, el párrafo 2 del mismo artículo enumera los que solo requieren el resultado favorable de la votación del pueblo (sin recuento de resultados en los Cantones): «Deberán ser sometidos al voto del pueblo: a. Las iniciativas populares para la reforma total de la Constitución; *abis*. El proyecto de ley y el contraproyecto de la Asamblea federal relativos a una iniciativa popular genérica; b. Las iniciativas populares genéricas rechazadas por la Asamblea federal; c. La cuestión de si se debe llevar a cabo una reforma total de la Constitución en caso de desacuerdo entre las dos Cámaras».

Por su parte, queda también regulado claramente en la Constitución el Referéndum facultativo<sup>37</sup> al disponer el art. 141 que: «Si 50.000 ciudadanos con derecho de voto u ocho cantones lo solicitan en un plazo de 100 días a contar desde la publicación oficial del acto, se someterán a votación popular: a. Las Leyes Federales; b. Las Leyes Federales declaradas urgentes cuya validez sobrepase un año; c. Las disposiciones federales, en la medida en que la Constitución o la ley así lo prevean; d. Los tratados internacionales que: 1. tengan una duración indeterminada y no sean denunciables; 2. prevean la adhesión a un organismo internacional; 3. contengan disposiciones importantes que fijen las reglas de derecho o cuya ejecución exija la adopción de leyes federales».

Respecto de las categorías de actos normativos que enumera el art. 141 ha de tenerse en cuenta que la solicitud del referéndum, por su carácter facultativo, tiene un efecto suspensivo de suerte que no pueden entrar en vigor sin que se proceda antes a someterlos al voto popular. Si el voto es afirmativo, la norma entra en vigor de inmediato (con la excepción de las leyes urgentes que, sin base constitucional, pretendan una vigencia superior a un año, a las que me referiré después).

Por último, tal como comprobaremos, la existencia del referéndum extraordinario en los ámbitos territoriales, también en el ámbito federal existe; aunque no

37 La razón de su inclusión en el ámbito federal por la Constitución de 1874 merece recordarse como ejemplo de la imbricación federalismo-democracia (apuntada en la introducción) que llega a configurar su esencia como fusión de ambos; J-F. AUBERT, *Petit commentaire*, cit., p. 265, recuerda que tal inclusión a nivel federal se llevó a cabo para compensar la debilitación del federalismo que la ampliación de las competencias federales comportaba.

está previsto en ninguna norma escrita y resulta atípico y poco frecuente. Se puede poner en práctica en una forma indirecta (con el fin de no contravenir frontalmente la constitución que en forma taxativa establece la regulación ya vista de los arts. 140 y 141).

### 3. Analogías y diferencias entre el referéndum obligatorio y el facultativo, y de ambos con la iniciativa

Tal vez la principal coincidencia entre los dos institutos que estudiamos, vistos desde una perspectiva general del sistema de gobierno suizo, sea la apuntada por Fleiner<sup>38</sup>: que ambos cumplen una función de oposición frente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en cuyos órganos se hallan representados los más importantes partidos políticos. De este modo, el pueblo ejerce el papel de oposición condicionando e imponiendo la agenda política mediante la presentación de iniciativas populares y controlando la labor normativa (y, en su caso, vetándola) mediante el referéndum. Otras analogías son de orden formal<sup>39</sup>.

Sin embargo, la similitud del procedimiento de aceptación o rechazo de las firmas y del recuento mayoritario no justifica la confusión de uno y otro instituto que tienen innegables diferencias, entre las que hay que recordar: 1. La imposibilidad de retirar un referéndum facultativo (art. 59b LDP) mientras que la iniciativa, hasta que sea formalmente convocado el cuerpo electoral para su ratificación, podría ser retirada. 2. La simplicidad de la iniciativa (porque en el ámbito federal solo cabe sobre el texto constitucional) frente a la dificultad de determinar sobre qué actos puede ser ejercido el referéndum; pues, más allá de los referéndums obligatorios que la Constitución prevé en relación con la interposición, tramitación y resolución final de las iniciativas (lógicamente constitucionales), y en relación con determinados

38 T. FLEINER, y otros, *Swiss Constitutional Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 60.

39 Así, debe tenerse en cuenta que la regulación del procedimiento aplicable a la iniciativa es también de aplicación a los referéndums por lo que tanto el control de validez de las listas como la condición jurídica de votante y la participación en la lista de proponentes del referéndum facultativo se rige por las mismas normas. En cuanto al recuento de la votación final y su atribución a cada Cantón se regula en el art. 141 Const, que he transcrito en el texto; y así como en el recuento del voto popular federal se decide por mayoría, también cuando se exige el pronunciamiento de los Cantones, habrá de obtenerse la mayoría de ellos teniendo en cuenta que cada uno tiene un voto salvo los cantones de Obwalden, Unterwalden, Basilea (Ciudad y Campo), y de Appenzell (las dos Rodas) que cuentan cada uno como un medio voto. A ello ya me he referido apuntando la idea de las 3 mayorías.

tratados internacionales, en el ámbito federal los referéndums facultativos también requieren al electorado en relación con las normas legales enumeradas en el art. 141 de la Constitución, según se vio.

Pero la cuestión se complica especialmente cuando, además de la enumeración taxativa que se establece en ese mismo artículo, la Constitución establece una remisión a lo que ella misma pueda prever (siendo como es cambiante) e, incluso, a lo que la Ley pueda determinar sobre el uso del referéndum en relación con resoluciones federales, abriendo así una serie de posibilidades que antes de la Constitución vigente no existían. Explica Mahon<sup>40</sup> la dificultad que recientemente se ha ido acumulando; puesto que, si bien solo existía un supuesto constitucionalmente previsto (el del art. 53.3<sup>41</sup>), la reforma del art. 48a Constitución<sup>42</sup> ha introducido un segundo supuesto al establecer que la obligatoriedad de los acuerdos intercantonales vendrá impuesta por la declaración que deberá adoptar la forma de resolución («arreté», decreto) federal. Con todo, el problema más complejo es el de los supuestos en los que el referéndum queda previsto por Ley ya que ello deja abiertas posibilidades sin duda imprevisibles en el momento de su inclusión en la Constitución; al entrar en vigor no existía ningún caso concreto salvo, en forma indirecta e indeterminada en dos menciones de la Ley del Parlamento (contenidas en art. 28 y 29<sup>43</sup>). Sí, en cambio, se ha introducido ya un caso claro de referéndum previsto por la Ley en la reguladora de la energía nuclear, de 21 de marzo de 2003<sup>44</sup>.

De querer establecer una clara línea distintiva entre estos dos grandes tipos de referéndum, el obligatorio y el facultativo, sin duda habríamos de situarla en el modo de su incoación que, si en el primero se lleva a cabo de oficio por mandato constitucional directo, en el segundo depende de la previa decisión de una porción

40 P. MAHON, *Droit constitutionnel*, 3 ed. Helbing Lichtenhahn, Vol. I, Zürich, 2015, p. 176.

41 En tal precepto se establece: «Toda modificación del territorio de un cantón se someterá a la aprobación del electorado y cantones afectados; seguidamente se someterá a la aprobación de la Asamblea Federal en forma de decreto federal».

42 Aprobada por votación popular de 28 nov. 2004, y que entró en vigor el 1 enero 2008.

43 Sobre decisiones programáticas y de planificación e, incluso, sobre actos singulares del Parlamento que podrían someterse a referéndum. Texto en <https://www.admin.ch/opclit/classified-compilation/20010664/index.html>

44 Texto en <https://www.admin.ch/opclit/classified-compilation/20010233/index.html>. Sus arts. 42 y ss. regulan la tramitación para la concesión de la licencia y sobre vigilancia y, sin perjuicio de la obligatoriedad de consultas en dicha tramitación, a todas las entidades locales afectadas, el art. 48 que regula la decisión final, dispone que la resolución de la Asamblea federal se somete a referéndum facultativo.

del cuerpo electoral (50.000 ciudadanos en el nivel federal) que optan por ejercer su derecho a intervenir en las decisiones para las que la Constitución les habilita.

Pero visto el instituto desde la perspectiva más general del sistema, Aubert<sup>45</sup> ofrece otra distinción francamente interesante: mientras el referéndum obligatorio aporta legitimidad al sistema, el facultativo es un instrumento más de la democracia directa, porque resulta del libre ejercicio de la facultad constitucionalmente diseñada y puesta a disposición de la ciudadanía. Desde una perspectiva política, al referéndum facultativo se achacan efectos inmovilizadores por representar la posibilidad de vetar medidas innovadoras<sup>46</sup> en defensa del «statu quo» (no en vano se le reprocha ser instrumento usado por la derecha conservadora<sup>47</sup>) a diferencia de lo que sucede con la iniciativa popular que permite a las fuerzas más progresistas colocar en la agenda política asuntos novedosos.

#### 4. Efectos jurídicos y efectos institucionales en el sistema de gobierno

Como ya se ha visto en relación a la tramitación de las iniciativas populares, el referéndum surte efectos distintos según el momento procesal en que se plantea su necesidad: si se plantea para ratificar el principio de reforma constitucional, su resultado comporta, si es negativo, la retirada de la iniciativa que no ha alcanzado el apoyo popular mayoritario; y, si el resultado es positivo, comporta la obligación de que los órganos constitucionales entren en la consideración de la misma; lo mismo cabe decir cuando la iniciativa se somete a referéndum, no porque se requiera su ratificación por tratarse de la petición de una reforma total, sino porque, aun siendo solicitada una reforma parcial, existe discrepancia entre quienes la proponen y la Asamblea que no la considera necesaria.

Sin embargo, cuando el referéndum se convoca para ratificar una norma ya completada, el resultado es definitivo para la entrada en vigor, o no, de la norma, ya sea esta de orden constitucional o de rango inferior. De ahí, que el referéndum se utilice como veto a la labor de los poderes constituidos. El pueblo, en definitiva, dispone del freno que permite bloquear o diferir las modificaciones propuestas por el Parlamento o el Gobierno.

45 J-F. AUBERT, y P. MAHON, *Petit commentaire... cit.*, p. 262.

46 J-F. AUBERT, *Exposé des institutions politiques de la Suisse à partir de quelques affaires controversées*, Payot, Lausanne, 1978, p. 263.

47 Cfr. H. KRIESI, *Le système politique suisse*, Economica, Paris, 1998, pp. 129 y ss. En el mismo sentido el reciente trabajo de E. SÁENZ ROYO, «La regulación y la práctica...», *cit.*

Esta capacidad de veto suele ser utilizada por las minorías a través de un doble mecanismo: el derecho de veto que la Constitución reconoce a los Cantones (que contienen en su seno sus minorías derivadas de la estructura federal del país), cuando exige la doble mayoría (pueblo y Cantones); y lo mismo puede ocurrir cuando en el ámbito federal es ejercido por otras minorías no territoriales que tal vez no tengan capacidad de veto pero a las que el referéndum facultativo permite solicitar la revisión popular del acto.

Desde la perspectiva de sus efectos (y del enfoque en que tratamos de destacar lo más característico del ordenamiento suizo), aun hemos de referirnos a los del referéndum cuando se aplica (se debe aplicar, en realidad, por tratarse de un referéndum obligatorio) en el supuesto del art. 140.1.c (leyes federales declaradas urgentes con una previsión temporal superior al año)<sup>48</sup>. Pues bien, en este concreto caso el referéndum al que obligatoriamente ha de someterse, si fuera negativo su resultado no comportaría su inmediata derogación<sup>49</sup>, como cabría esperar en los supuestos ordinarios. Su efecto es diferido en este tipo de normas; el referéndum ha de celebrarse dentro del año y su resultado negativo no impide que la norma siga vigente hasta cumplir el año, pero su efecto (diferido) impide toda posible prórroga: «Puesto que el referéndum tiene un efecto resolutorio, la ley urgente desprovista de base constitucional puede aplicarse durante 12 meses sin que concurra el acuerdo entre pueblo y cantones. Dicho de otro modo, por un corto tiempo la supremacía de la Ley Fundamental cede ante la necesidad de remediar con urgencia una crisis pasajera»<sup>50</sup>.

En lo que se refiere a los efectos de ambos institutos populares en el sistema democrático suizo y en sus diversas instituciones, a diferencia de la iniciativa que como vimos se logran en un escasísimo porcentaje, en el caso del referéndum sus resultados positivos rondan el 50% de los propuestos, aunque su utilización es bastante inferior a la de la iniciativa, pero en las últimas décadas se ha observado una revitalización del mismo<sup>51</sup>.

48 A ellas también se refiere el art. 165 Const. en el que se regula la legislación de urgencia. E. GRISEL, *op. cit.*, p. 307, aporta algún ejemplo a este tipo de leyes que podrían carecer de base constitucional: las que exceden de las competencias reconocidas a la Confederación, las que violan el principio de carácter organizativo, o las que afectan a una libertad individual.

49 Téngase en cuenta que estas son leyes que por su carácter de urgencia ya se hallan vigentes cuando se lleve a cabo el referéndum constituyendo así una excepción (apuntada más arriba) al efecto suspensivo de la interposición del referéndum.

50 E. GRISEL, *op. cit.*, p. 311.

51 Y. PAPADOPOULOS, «Les mécanismes du vote référendaire en Suisse: l'impact de l'offre politique», *Revue française de sociologie*, núm. 37-1, 1996, p. 32. Entre nosotros el estudio más reciente

Pero el principal efecto político del referéndum no es el que formalmente deriva de la regulación constitucional cuyos efectos jurídicos acabo de mencionar. El principal efecto es que constituye la última palabra; es como la última carta en que se jugará la suerte final de una norma. Por ello todos los actores políticos dejan sentir su presencia en una forma u otra; los grupos políticos, sindicales o de cualquier tipo, si son capaces de reunir 50.000 firmas para solicitar una convocatoria, insinuarán, advertirán en forma más o menos abierta a quienes estén interesados en su aprobación y posterior entrada en vigor la posibilidad de vetar la norma; por su parte, los órganos constitucionales que se hallan preparándola, no podrán hacer caso omiso a tales advertencias si quieren garantizar el buen fin de su trabajo. Por ello, dice Aubert, no han de extrañar ciertas incoherencias en los textos legales pues las huellas de las aludidas presiones permanecen: «quedan grabadas, negro sobre blanco, en el texto de las leyes. Tal artículo puede parecer extraño, tal laguna incomprensible: ellos certifican, los dos, que se ha temido el voto popular»<sup>52</sup>.

En una visión de conjunto, se ha reprochado su conservadurismo, el que comporte un freno en el proceso de integración con la Unión Europea, y el que conduzca en exceso a acuerdos; pero ello, aparentemente disfuncional<sup>53</sup>, tiene su funcionalidad política al ser capaz de suplir la falta de confrontación que sí hallamos en el juego mayoría-minoría de los típicos sistemas de alternancia política<sup>54</sup>. Por lo demás,

es el de E. SÁENZ ROYO, «La regulación y la práctica...» *cit.*, con datos que confirman lo expresado. En el mismo sentido, vid nota 55.

52 J-F. AUBERT, *Exposé des institutions... cit.*, p. 262.

53 E. SÁENZ ROYO, «La regulación y la práctica...», *cit.*, p. 88. Ya Y. PAPADOPOULOS, («Les mécanismes du vote...», *cit.*, p. 26) advertía que la valoración a corto plazo presenta apariencias de disfuncionalidad y muestra situaciones de conflicto y desapego de la ciudadanía con sus representantes. Pero analizando a largo plazo la lectura cambia totalmente en un sentido integrador que genera el comportamiento democrático consorcional. A. AUER, y otros, *Droit constitutionnel... cit.*, p. 269 sobre las disfuncionalidades que se suelen achacar, concluyen que, al fin y al cabo, el compromiso que sin duda alguna favorece, no es el peor sistema de adopción de las decisiones políticas. No puede ser negativo que hayan de votar las leyes aquellos a quienes van dirigidas... Sin embargo, no cabe desconocer que sí se ha manifestado una real disfuncionalidad en el uso de ambos institutos estudiados por la utilización populista de Blocher (líder de la derecha) hasta el punto de haber roto la famosa «fórmula mágica» del Consejo Federal. Cfr. J. ALTWEGG, *Une Suisse en crise. De Ziegler à Blocher*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2004.

54 J-D. DELLEY y C. MASCOTTO, «Parler des droits populaires. Les discours des élites, des sciences sociales et des juristes sur la démocratie directe», *Centre d'études et de documentation sur la démocratie directe (C2D)*, Université de Genève. décembre 1997, p. 5. En el mismo sentido de la nota 52, sostienen que hace falta una perspectiva de décadas: «los derechos políticos no han sido víctimas

se han generado otras formas de comportamiento político, tanto de los grupos sociales en que se integra la ciudadanía como en las propias autoridades que han de ir adecuando sus agendas a las solicitudes de la sociedad civil. Algunas de estas formas se hallan constitucionalizadas, como las consultas pre normativas del art. 146 de la Constitución; otras (como el caso de multitud de Conferencias que se reúnen asiduamente tratando sobre todo tipo de materias<sup>55</sup>) no lo están, pero ello no impide que se hayan consolidado en la vida política suiza.

## 5. El referéndum en los Cantones y Municipios

También la institución del referéndum está más desarrollada en el ámbito cantonal que en el federal. De entrada, no puede olvidarse que los Cantones, como mínimo, han de prever el referéndum obligatorio exigido constitucionalmente para la aprobación (art. 6.2.c Constitución) y para toda reforma (art. 51 Constitución)<sup>56</sup> de sus respectivas constituciones<sup>57</sup>; pero, además, los Cantones aportan, a los ya conocidos, otros tipos de referéndum como son: a) El referéndum financiero en cuya virtud, los gastos superiores a una cierta suma se someten, automáticamente, a la aprobación del pueblo; éste ha ido adquiriendo cada vez más aceptación<sup>58</sup>; b) El referéndum sobre las decisiones del parlamento cantonal aun cuando tengan naturaleza administrativa; c) El referéndum al que la mayoría de los Cantones someten la firma de los Convenios intercantionales; y d) El referéndum extraordinario que, aun no estando formalmente previsto, puede solicitarse por la mayoría o bien por un grupo minoritario parlamentario, viniendo a representar una especie de cláusula de cierre en la medida en que existe para cubrir aquellos supuestos para los que expresamente no se ha previsto el referéndum ni con carácter obligatorio ni como facultativo.

de su éxito, sino que continúan ejerciéndose y... continúa viva la convicción de que es un distintivo nacional, el elemento esencial del pueblo suizo; lo que no es baladí donde no existen apenas similitudes étnicas ni lingüísticas».

55 P. DARDANELLI, «El federalismo suizo: orígenes evolución y desafíos», en W. HOFMEISTER y J. TUDELA ARANDA (coords.), *Sistemas federales. Una comparación internacional*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung y Fundación Manuel Giménez Abad, 2017, p. 237.

56 J. L. REQUEJO PAGÉS, *op. cit.*, p. 367.

57 Cabría que algún Cantón añadiera la exigencia de voto mayoritario de municipios u otras entidades públicas, pero siempre sería por añadidura, nunca sería por sí solo suficiente para suplir la exigencia de referéndum obligatorio.

58 Cfr. A. AUER y otros, *Droit constitutionnel*, *cit.*, p. 293.

Por consiguiente, cabe un referéndum extraordinario, junto al ordinario de carácter obligatorio, en cuyo caso se trata de un derecho o facultad del Parlamento que espontáneamente puede decidir someter una de sus decisiones al pueblo. Y cabe también el referéndum facultativo extraordinario que prevén expresamente algunos cantones (a diferencia del ámbito federal en que vimos que no existía previsión alguna), lo que no impide que, aun sin previsión expresa, pueda también utilizarse. En términos generales, cabe afirmar que el referéndum obligatorio es, en el nivel cantonal, el de mayor peso institucional (a diferencia de lo que después veremos sobre el ámbito municipal) y el facultativo, por más que ofrece multitud de aplicaciones según cada Cantón, de algún modo quedaría, al decir de Grisel<sup>59</sup>, eclipsado por la significación destacada del obligatorio.

En lo que se refiere al número de firmas y al plazo máximo para su recogida en los supuestos de referéndum facultativo la regulación varía de Cantón en Cantón y lógicamente se establece el número de firmas atendiendo a la población de derecho en cada caso; los plazos para su recogida oscilan entre uno y tres meses. Pero de querer establecer una regla general de lo que Kriesi<sup>60</sup> llama «el precio» en cada caso («le prix d'entrée») lo más llamativo es que los Cantones latinos (la Suiza francesa y Ticino, pero también Grisones) son los que establecen un «precio» más alto (tanto en firmas como en el plazo para su recogida, que es más corto).

Aún más compleja y heterogénea resulta la situación en el ámbito local, cuya regulación depende de cada Constitución cantonal (por mandato del art. 39 de la Constitución) y de la autonomía de los municipios en la concreta materia de que se trate. El art. 39.1 de la Constitución realiza una clara distribución de competencias al respecto: «La Confederación regulará el ejercicio de los derechos políticos a nivel federal; los cantones regularán estos derechos a nivel cantonal y municipal». Y añade el art. 50.1 de la Constitución que «Se garantizará la autonomía municipal dentro de los límites fijados por el Derecho Cantonal». En esta esfera territorial, junto a los tipos de referéndum ya vistos, podremos encontrar otros que podrían considerarse atípicos.

Si bien es cierto que en cinco Cantones no se conoce el referéndum obligatorio para la esfera local (Fribourg, Genève, Vaud, Tessin y Schwyz<sup>61</sup>), cabe sin embargo afirmar que en prácticamente todos los municipios existe en un modo u otro pues

59 E. GRISEL, *op. cit.*, p. 332.

60 H. KRIESI, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

61 Para KRIESI (*op. cit.*, p. 97), no es casualidad que cuatro de los cinco Cantones pertenezcan a la Suiza latina dado que, tanto en el ámbito local como cantonal, la democracia semidirecta está más desarrollada y las instituciones son más accesibles en la Suiza germánica

si la existencia de referéndum obligatorio no es, en realidad, sino la obligatoriedad del mismo impuesta por la Ley o por la Constitución del Cantón, ya hemos podido advertir que una de las pocas reglas generales del sistema suizo es la tendencia a ampliar el uso de los instrumentos de democracia directa más allá de los mínimos establecidos formalmente (por ejemplo, en el ya mencionado art. 51 de la Constitución para el caso de las Constituciones cantonales que después se despliega en otros muchos supuestos de referéndum obligatorio).

Un ejemplo lo constituirían la variedad de referéndum del ámbito local (entre los que no faltan, incluso, casos de referéndum consultivo con efectos no vinculantes) de los que, de la mano de Martenet<sup>62</sup>, mencionamos algún caso:

- a) en los municipios del Ticino, ya sea el ejecutivo, ya parte del cuerpo electoral podrían pedir la revisión de un acto aprobado por la Asamblea de modo que debería reunirse otra Asamblea para la revisión solicitada, lo que ciertamente, resulta atípico;
- b) en Nidvaldo y Obvaldo, los reglamentos del ejecutivo quedan sometidos a referéndum facultativo que, de solicitarse, se someterían a la Asamblea;
- c) en Glaris, la Asamblea local puede pedir que entre en vigor un acto del ejecutivo, pero bajo reserva de que una fracción del pueblo pueda solicitar una nueva Asamblea, etc.

Tratándose estos ejemplos de municipios sin parlamento, cabría pensar que cuando existe el parlamento u órgano representativo el recurso al pronunciamiento del cuerpo electoral resulta excepcional y, sin embargo, no es así; más bien cabría decir que en estos casos a los actos del ejecutivo se suman también los del legislativo como objeto de eventuales referéndums facultativo o extraordinario. La casuística es compleja y en la medida en que en algunos casos resulta de la diferente estructura orgánica de los municipios, me remito para más referencias al epígrafe siguiente en el que concluiremos con algunas consideraciones no ya referidas al referéndum sino a los derechos políticos en general.

#### **IV. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LOS MUNICIPIOS**

Tras la consideración de los dos grandes institutos (iniciativa popular y referéndum) partiendo de su regulación constitucional en el ámbito confederal, se ha

62 V. MARTENET, «Il referendum nei Comuni svizzeri», *Amministrare*, XXIX, núm. 2, 1999, p. 204.

comprobado con algún ejemplo, que su uso se amplía extraordinariamente cuando descendemos al nivel cantonal<sup>63</sup> y municipal, tanto en lo que se refiere a estos dos institutos como a la multitud de variedades en su aplicación que especialmente en el terreno municipal cabe encontrar. Procede ahora detenerse algo más en su ejercicio municipal que es aquel en el que hallan sus mayores posibilidades de expresión. Para ello hay que distinguir dos grandes grupos de municipios: los que, junto al órgano ejecutivo, deciden en régimen de Asamblea de la que forman parte todos los ciudadanos domiciliados en el municipio y los que, además, cuentan con un órgano representativo o Parlamento.

El sistema de Asamblea, que es la forma más pura de la democracia directa<sup>64</sup>, existe en todos los Cantones salvo en Neuchâtel y Ginebra; en cambio existen cantones en los que, a la inversa, este es el único sistema que se practica (Uri, Obvaldo, Glaris y Appenzell Interno), dando como resultado que cuatro de cada cinco municipios practican la democracia directa en el seno de su Asamblea popular, lo que, como vamos a ver, no es óbice para que también se practique el referéndum y formas especiales de iniciativa.

El segundo gran grupo se halla conformado por los municipios que poseen un Parlamento y en él se integran todos los municipios de los dos Cantones que no cuentan con el sistema de Asamblea (Neuchâtel y Ginebra) así como del Cantón de Vaud y, en general, y por razones obvias, todos los municipios grandes, salvo los de los Cantones que practican el régimen de Asamblea con carácter exclusivo (Uri, Obvaldo, Glaris y Appenzell Interno). La consecuencia es lógica: la mayoría de la población vive en municipios con parlamento, pero estos, con ser los más poblados, representan solo un quinto del total de municipios suizos (que suman casi 3000).

En la medida en que cada Cantón tiene su propia Constitución con capacidad para determinar el ejercicio de los derechos políticos de sus propios municipios y, en consecuencia, también sus propias leyes en la materia, la regulación de tales derechos y su ejercicio práctico presentan extraordinaria variedad pudiendo sintetizarse en la idea de que en todos se practican los institutos de democracia directa pudiendo residenciar las notas de sus diferencias en torno a la adición, o no, de formas especiales en el ejercicio de los derechos políticos. La regla general es la capacidad del cuerpo electoral de controlar todas las decisiones relevantes para cada comunidad política.

63 T. FLEINER, y otros, *Swiss Constitutional*, cit., p. 131, afirma que, en términos generales, el sistema de gobierno como tal, y en él, el papel del pueblo en el ámbito cantonal es más potente que en el federal.

64 V. MARTENET, *op. cit.*, p. 202.

## 1. Convivencia del régimen de Asamblea popular con otros institutos democráticos

Resulta sorprendente que los típicos institutos de democracia semidirecta (iniciativa y referéndum) no se vean sustituidos por el instrumento más genuino de la democracia directa cual es la Asamblea, sino que conviven con ella y también, incluso, pueden ser utilizados respecto de las decisiones por ella adoptadas. Si parece lógico que la iniciativa y el referéndum se practiquen sobre resoluciones del respectivo Parlamento allí donde existe (como, por supuesto, respecto de los actos del órgano ejecutivo), la oposición a las decisiones de la Asamblea pudiera resultar incoherente o de difícil comprensión para un observador externo. Y, sin embargo, también hallamos tal concurrencia de manifestaciones populares, aunque en formas diversas que en ocasiones, realmente, comportan modos diferentes (y sucesivos) de adopción del acuerdo (ratificándolo o no) por cuanto lo que sería una especie de «segunda vuelta» de una decisión ya previamente adoptada con carácter popular, en realidad comporta un cambio en el método de la adopción de tal decisión; y ello resulta de gran interés por las dificultades que el régimen asambleario «ordinario» puede comportar para el respeto a las garantías del voto sobre el que ya en muchas ocasiones se ha pronunciado el TF (Tribunal Federal)<sup>65</sup>. Por ello, algunos acuerdos adoptados en Asamblea pueden someterse después a referéndum, bien porque la ley lo imponga con carácter obligatorio en función del interés de la materia de que se trate<sup>66</sup>, bien a petición de una fracción del cuerpo electoral con carácter facultativo, pero dando lugar, en todo caso, a un nuevo voto sobre la cuestión «en las urnas» a diferencia del practicado en forma «tradicional» (a mano alzada)<sup>67</sup> en el seno de la asamblea.

Más aún, también la iniciativa se practica en los municipios de régimen de Asamblea aunque, lógicamente, en formas bien diversas que solo pueden asimilarse

<sup>65</sup> En particular sobre la *langesmeinde* y sus disfunciones (ausencia de secreto en el voto, imposibilidad de asistir, etc. ATF, 121 I, 138 ss. Cfr. V. MARTENET, *op. cit.*, p. 205.

<sup>66</sup> A. AUER («Le caratteristiche della democrazia...» *cit.*, p. 197) cita, a modo de ejemplo, el que podría considerarse una especie de «referéndum constitucional obligatorio» que se aplica a los reglamentos municipales que son como su propia constitución.

<sup>67</sup> No obstante, también sobre las Asambleas se han ido incorporando al ordenamiento formas de votar distintas a la tradicional mano alzada tratando de salvaguardar el secreto del voto, solución que la mayoría de las leyes cantonales posibilitan a sus respectivos municipios. En ocasiones puede la propia asamblea decidir el sistema del voto, o incluso podría solicitar urnas una minoría: en el Cantón de Zugo puede hacerlo un tercio de los presentes y en Nidvaldo es el Consejo municipal el que puede solicitarlo. Evidentemente, ello es posible o no en función de las materias que se vean afectadas en la votación y que vienen determinadas en la propia legislación cantonal o incluso municipal.

a la iniciativa ya estudiada si la consideramos en un sentido amplio y comprensivo que tome como punto de referencia el papel reconocido al cuerpo electoral como «iniciador» de un proceso que, en el caso de los municipios con Asamblea (puesto que es en ella donde se adoptan todas las decisiones que afectan a las competencias municipales) consistirá en ocasiones más bien en un «derecho de convocatoria» extraordinaria de la Asamblea; ello, sin perjuicio de que también pueda existir la iniciativa propiamente dicha consistente en la propuesta de estudio y deliberación sobre una medida concreta en el marco de las competencias comunales.

Las particularidades no acaban aquí pues, dando por supuesto que en los municipios con Parlamento esta forma de iniciativa «normal» es la habitual, también podemos encontrarnos en casos en que la misma llegue a reconocerse con carácter individual, es decir, que cada ciudadano tenga capacidad para proponerla; o sea, que cualquier ciudadano podría espontánea y directamente hacer una propuesta para que la Asamblea la discuta y la vote, aunque es lógico que si se tratara de un asunto ya tratado tendría que someterse tal posibilidad a la exigencia de requisitos o de mayorías reforzadas<sup>68</sup>.

## 2. Municipios con parlamento

Ya se dijo *supra* que parece más lógico que los instrumentos de democracia semidirecta se ejerzan complementando y/o controlando al órgano representativo allá donde existe, amén de desempeñar la función de otorgar mayor legitimidad a los actos del Parlamento y del Ejecutivo; y es también obvio que, en la medida en que el Parlamento existe en los núcleos más poblados, no quepa en ellos la extraordinaria variedad de formas (muchas atípicas) que sí caben en los municipios de menor población y de ejercicio directo de la democracia.

No obstante, las posibilidades de los municipios con Parlamento también vienen determinadas fundamentalmente por la legislación cantonal o, mejor dicho, por lo que la misma no diga pues el margen de actuación municipal será tanto más amplio cuanto más cauta sea la legislación cantonal al respecto (tal es el caso de Lucerna, Schwyz, Schaffhouse, Rodas Exteriores y Grisonas). Por el contrario, cuando el Cantón regula con detalle los supuestos de ejercicio de estos derechos en el ámbito municipal, las posibilidades de ampliación de los mismos por parte del municipio son escasas, tal como ocurre en los Cantones de Friburgo, Bâle-Ville, Tessino, Vaud, Neuchâtel y Ginebra. Pero también existen Cantones en una situación intermedia

68 A. AUER, «Le caratteristiche della democrazia...», *cit.* p. 198.

entre las dos aludidas al haberse repartido en ellos las posibilidades de regulación de suerte que la legislación cantonal configura un marco legal en el que los municipios pueden desarrollar su propia autonomía aportando concreta normativa sobre el ejercicio de los derechos políticos en su respectivo ámbito. Esta es la situación en que se hallan Zurigo, Berna, Nidvaldo, Soleta, Bâle campaña, San Gallo, Argovia, Turgovia y Jura.

Para concluir, resulta imposible en esta sede establecer reglas generales que permitan agrupar los municipios por las soluciones que adoptan en lo que se refiere al ejercicio de los derechos políticos porque más allá de los límites o de las posibilidades que les proporciona la legislación cantonal, la propia autonomía genera formas diferentes e incluso resultaría difícil llevar a cabo tal síntesis de Cantón en Cantón, aunque sí cabe establecer como regla generalísima la mayor facilidad para ampliar las manifestaciones en los de habla germana que en los francófonos.

Con todo, y en concreto sobre el ejercicio del referéndum en este tipo de municipios, Auer establece alguna regla muy general a modo de tendencia: en primer lugar, la que se refiere a cierto aumento del referéndum facultativo respecto del obligatorio que se ve muy reducido por las competencias que el parlamento asume como propias; si bien se mantiene para los documentos «constitucionales», respecto de los actos legislativos solamente lo prevén con carácter general los Cantones de Berna y Grisonas; parece que el referéndum facultativo tiende a sustituir al obligatorio y en el caso de Ginebra lo logra en forma integral. En segundo lugar, tal preeminencia del referéndum facultativo sobre el obligatorio suele encontrarse en el uso de fórmulas genéricas por las que las leyes cantonales reguladoras de los municipios, o bien establecen que, salvo los concretos casos de aplicación del obligatorio, «todos los demás son objeto de referéndum facultativo» o bien dejan en manos del propio parlamento comunal la decisión sobre el mismo.

En este último sentido, baste para finalizar recordar que lo que antes hemos mencionado como referéndum extraordinario halla aplicación en el caso de los municipios con Parlamento por cuanto éste puede someter a la aprobación de los electores, por decisión de un grupo mayoritario o minoritario (lógicamente en función de la propia normativa parlamentaria), cualquier acto o resolución en el ámbito de las competencias propias de tal parlamento.

## V. CONCLUSIÓN

De querer representar gráficamente todas las posibilidades de expresión de la voluntad popular en Suiza, sin duda la pirámide sería la más apropiada. No solo

porque su electorado se pronuncia en multitud de normas que cabe representar en la pirámide normativa sino, fundamentalmente, porque desde el punto de vista territorial dicha figura es la más adecuada para describir cómo a medida que se desciende en ámbitos territoriales las formas de actuación popular son más frecuentes y más variadas.

De hecho, en este trabajo se ha podido analizar en el nivel federal la regulación de los dos grandes institutos, iniciativa y referéndum. Pero al descender en lo territorial la complejidad con que esos mismos institutos se manifiestan obliga a tratar de extraer algunas reglas generales y formularlas para grupos de Cantones. Con todo, lo más relevante para valorar la peculiaridad del sistema suizo es la extraordinaria variedad de ejercicio de esos dos institutos en el ámbito local. También en este caso se ha intentado trazar grandes rasgos agrupando los municipios que cuentan con órgano representativo, de una parte, y, de otra, los que no lo tienen por adoptar las decisiones en sistema de asamblea.

De querer destacar dos peculiaridades del sistema estudiado creo que deberían ser las siguientes: de una parte, y con carácter transversal, el dialogo permanente entre autoridades y electorado; de otra, y en particular en el ámbito municipal, la convivencia del sistema de democracia directa (por decisiones en asamblea) y, a la vez, el uso de los institutos de democracia semidirecta aquí estudiados.

### **Resumen**

*La participación política en Suiza es la característica más llamativa del régimen que se considera único en el mundo contemporáneo. La democracia y el federalismo se imbrican en este ordenamiento jurídico de forma que ambas se constituyen y condicionan recíprocamente.*

*Por ello, la participación popular se halla generalizada en todo tipo de decisiones de relevancia política y constitucional tanto en el ámbito federal como en el de todos los cantones e, incluso, municipios. Pero lejos de limitarse a la generalización de dicha participación a través de los derechos políticos, la transversalidad alcanza también a la capacidad de regulación diversificada en cada uno de los cantones y de los municipios en la medida en que todas las entidades locales pueden introducir formas propias de participación. En síntesis, la participación popular en el ordenamiento suizo nos muestra tres peculiaridades dignas de ser estudiadas: 1. Es una constante en todo tipo de decisiones y de niveles territoriales; 2. Se ejerce a través de los derechos políticos cuyas principales manifestaciones (aunque no únicas) son la iniciativa y el referéndum; y 3. Al intervenir constantemente el pueblo en las decisiones que son competencia de los órganos constituidos aquel ejerce respecto de estos como una oposición política que siempre condiciona las decisiones y que marca la agenda política de las autoridades.*

*Este trabajo incide en cuestiones estructurales e institucionales para llamar la atención sobre algo que hoy parece ignorarse: referéndum no es solo la llamada al pueblo para votar. Sus*

*efectos más o menos populistas dependerán de la estructura institucional y formal en que el mismo se inserta.*

**Palabras clave**

*Democracia, Participación, Territorialidad.*

**Abstract**

*The political participation in Switzerland is the most remarkable feature of the regime and due to that reason is considered one of a kind to the contemporary world.*

*Democracy and federalism are interwoven in this legal system in such a way that both establish and condition each other. Therefore, popular participation is common practice in all kinds of politically and constitutionally relevant decisions at the federal level, as well as in every canton, and even municipalities. But far from being limited to the generalization about such participation through political rights, cross-cutting also affects the capacity of diversified regulation in each canton and municipalities inasmuch as every local entity can introduce their own forms of participation.*

*In sum, popular participation in the Swiss legal system shows three characteristics worth being studied: 1. It is a constant in all kinds of decisions and in all territorial levels; 2. It is exercised through political rights whose main manifestations (although not exclusive) are initiative and referendum; and 3. When the people are actively involved in the decisions that are competency of the constituted bodies the former exercises regarding the latter as political opposition that always determine the decisions and shape the authorities political agenda.*

*Structural and institutional issues have been raised in this work to draw attention to something that seems to be ignored today: a referendum is not just the call to the people to vote. Its more or less populist effects will depend on the institutional and formal structure in which it is inserted.*

**Keywords**

*Democracy, Participation, Territoriality.*

Recibido: 12 de abril de 2017  
Aceptado: 12 de mayo de 2017

# SOBRE LA DEMOCRACIA DE PARTIDOS Y SU NECESARIA PROYECCIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

JORGE ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional (Titular acreditado). UNED*

## SUMARIO:

- I. Sentido del estudio.
- II. Los principios que aseguran la centralidad de los partidos en el orden constitucional.
- III. Los partidos políticos en el ámbito europeo.
- IV. A modo de breves conclusiones.

## I. SENTIDO DEL ESTUDIO

Definidos los partidos políticos por Erich Kauffmann en la República de Weimar como «extraños poderes de la Sociedad» («*unheimlichen gesellschaftlichen Gewalten*»)<sup>1</sup>, y teorizados magistralmente por Konrad Hesse en 1959 como asociaciones privadas con funciones públicas de la mayor importancia<sup>2</sup>, podemos afirmar

1 Así lo definía este eminente Profesor de Derecho Público alemán que accede a la cátedra en la época del Imperio (II Reich) y desarrolla su magisterio en la de Weimar. Crítico con el neopositivismo neokantiano y defensor del Derecho natural, se alinea en posiciones muy nacionalistas y conservadoras. Perseguido en la época nazi como judío, regresa del exilio para ocupar la cátedra de Derecho Público de la Universidad de Múnich y ser asesor del Gobierno de Konrad Adenauer. Sólo así puede definirse, en su opinión, aquel poder que goza de la potestad de darse las normas que regulan su propio comportamiento, que impone la vida constitucional y cuya fuerza irracional no puede ser regulada mediante normas generales estatales, cit. por K. HESSE, «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in modernen Staat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 17, 1958, p. 4

2 La teorización más clásica y certera sigue correspondiendo, nos parece, al gran maestro de Derecho Público alemán de la segunda mitad del pasado siglo, coincidente pues con el nacimiento y sobre todo desarrollo de la Ley Fundamental de Bonn, K. HESSE, «Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien in modernen Staat», *cit.* Caracteriza tres principios básicos que deben moldear el Derecho de partidos, la Libertad (Freiheit), la Igualdad (Gleichheit) y la Publicidad (Öffentlichkeit).

que hoy en día no cabe concebir democracia sin partidos políticos. La inserción del pluralismo merced a la democratización del poder parece que sólo puede ser articulada por medio de estos. Son instrumento imprescindible para convertir la diversidad no ordenada de opciones e intereses sociales en expresión ordenada y unitaria, capaz de transformar, pues, reivindicaciones sociales en decisiones estatales.

Mitificados a su vez a raíz del nacimiento de la Constitución de 1978, pues ellos mismos en gran medida personificaron su surgimiento<sup>3</sup>, y desmitificados en la actualidad, tras un desarrollo democrático de ya casi 40 años, mediado por múltiples episodios de corrupción<sup>4</sup> y además en un contexto de aguda crisis económica, política y social, lo importante en cualquier caso, como agudamente observa Salvador, es conocer su realidad y saberlos colocar en el lugar que ocupan en nuestro orden constitucional<sup>5</sup>. Para ello, en cualquier caso, hemos de analizar dos cuestiones previas, que nos parecen básicas para poder justificar la necesidad de tal centralidad, en el actual Estado constitucional, pero también sobre todo en la Unión Europea.

Pues si el nexo de unión entre democracia y partidos es evidente, menos claro o más discutido es, de un lado, la centralidad o incluso monopolio de los partidos en la articulación de tal democracia, del otro, la trascendencia o relevancia que, en el vigente constitucionalismo democrático, de Derecho y social corresponde al elemento político, y en concreto a los partidos políticos. A partir de estas dos cuestiones, y sobre todo de la última, encontraremos la necesidad de robustecer la centralidad

A estos tres principios, como es conocido, es el propio P. HÄBERLE, discípulo de K. HESSE, el que en el marco del análisis de la financiación de los partidos, añade el de la Democracia Interna (*Interne Demokratie*), «Unmittelbare staatliche Parteifinanzierung unter dem Grundgesetz», *JuS*, 1967, pp. 71 y ss. M. MORLOK, colaborador a su vez de HÄBERLE, discípulo del gran teórico del Derecho de partidos, D. TSATSOS, conceptualiza los cuatro principios perfectamente en, «Artikel 21 Parteien», H. DREIER (Hrsg), *Grundgesetz Kommentar* 3 Auflage. Band II, Mohr Siebek, 2015, pp. 349-419.

3 «Frente a la mitología del Franquismo, implacable perseguidor de todos los partidos, salvo el propio, en los comienzos de la transición se produjo la reacción de sentido contrario: la mitificación de los partidos, y la urgencia de la transición no se preguntó para qué servían, cuál era su naturaleza, su función constitucional...la legitimación de los partidos políticos quedó en manos de la práctica política cotidiana, es decir, de los propios partidos políticos», J.J. GONZÁLEZ-ENCINAR, «Democracia de partidos vs Estado de partidos», *Derecho de partidos*, Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp. 12-13.

4 Cfr. las respuestas a la encuesta sobre corrupción y Derecho Público en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 15-55

5 M. SALVADOR MARTÍNEZ, «Los partidos políticos como instrumento de participación y su estatuto constitucional», en R. MORÁN MARTÍN (Dir.), *Participación y exclusión política. Causas, mecanismos y consecuencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 330, 331

de éstos en nuestra democracia, y sobre todo la necesidad de fortalecer la existencia de partidos políticos en la Unión Europea como único medio para garantizar la existencia de un foro público europeo sobre el que asentar la (necesaria) democracia supranacional europea.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es cierto que se ha escrito y discutido mucho sobre diferentes formas de concebir la democracia. Una principalmente asentada en la conveniencia de administrar la representación de la ciudadanía a través de los partidos políticos, la democracia representativa; otra orientada a fomentar la participación más inmediata de sus ciudadanos, articulada principalmente por medio de la denominada democracia directa. En cualquier caso, en lo que sí existe algún consenso es en que la democracia exige una cierta participación, que no excluye la representación, imprescindible en nuestras modernas sociedades pluralistas; por lo demás, las limitaciones de la democracia de la identidad y de la democracia directa hacen que ésta, por más que absolutamente necesaria, se configure como un imprescindible correctivo y complemento de la democracia de partidos. Parece que la contraposición, en definitiva, podría no establecerse hoy entre democracia directa y representativa, sino entre un modelo de democracia que asienta sus cimientos en las formas de representación parlamentaria típicas del primer constitucionalismo liberal, y otro de democracia participativa, que potencie el derecho de participar activa y pasivamente en política<sup>6</sup>. Al margen de la necesidad de potenciar ciertos instrumentos de democracia directa, puede ser cierto, como observa Castellá, que la «democracia participativa y directa sólo (tenga) sentido dentro de la democracia representativa; esto es, (que) (los mecanismos de democracia directa) deb(a)n configurar(se) como complementos a ésta, que operan desde su interior, desde su propia lógica»<sup>7</sup>.

Por lo que atañe al segundo aspecto, también se ha escrito y discutido mucho sobre la erosión que en el moderno Estado constitucional democrático y social sufre el elemento político por mor del jurídico y en concreto del activismo judicial. Se ha alertado así sobre cómo resulta necesario resaltar la centralidad de los partidos políticos como articuladores principales de tal elemento político.

6 J.E. ILLUECA BALLESTER, «El derecho a la participación política directa. La iniciativa popular, realidades y perspectivas», *Revista de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 1101, 1102.

7 J.M. CASTELLÁ ANDREU, «Las enseñanzas del tiempo transcurrido, o de cómo la democracia representativa sigue siendo imprescindible», en I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (coord.), *La democracia indignada. Tensiones entre voluntad popular y representación política*, Comares, Granada, pp. 152, 153.

Es cierto que la integración del elemento político con el jurídico se produce, como es conocido, en la categoría jurídico-política de ley, al totalizar ésta los postulados de la Democracia, el Estado de Derecho, y el Estado social. Si el Estado democrático y el Estado de Derecho son términos íntimamente relacionados lo son no sólo porque éste pretenda la limitación del poder, sino porque persigue además la institucionalización jurídica de la democracia política y por lo tanto la articulación de un sistema que permita configurar en términos jurídicamente operativos tales decisiones políticas adoptadas por el soberano, precisamente mediante la participación y la representación. No hay Estado de Derecho sin Democracia, ni ésta sin aquél<sup>8</sup>. En la ley, en definitiva, se funden precisamente principio democrático y postulado de Estado de Derecho; éste convierte en sistema de legalidad (Constitución y Estado constitucional) el criterio de legitimidad que aporta la democracia.

Y que ya no es sólo que «el esfuerzo central de toda la historia del constitucionalismo europeo ha(ya) sido someter todos los poderes del Estado a la ley»<sup>9</sup>; sino que la evolución del concepto de ley y de legislador es un reflejo perfecto del propio desarrollo del constitucionalismo a lo largo de su historia<sup>10</sup>. Pues, en efecto, si la limitación ética y jurídica del poder es característica del inicial Estado liberal, que se ocupó del control del Ejecutivo, la democratización de éste incidió en la necesidad de colocarlo además en relación de confianza y responsabilidad con el Parlamento, representación de toda la ciudadanía, y el Estado social se centró en juridificar su dirección política. El modelo organizativo que ha ido construyéndose desde las revoluciones liberal burguesas, pasando por las democráticas, y culminando en el conocido Estado social y democrático de Derecho, implica no sólo sometimiento del Estado al Derecho, sino regulación y control de todos los poderes del Estado por medio de leyes democráticas, respetuosas a su vez con los derechos fundamentales. Por lo que, en tal tríada de principios, siguiendo a García-Pelayo, su interrelación es absolutamente necesaria: «cada uno de los componentes sólo cobra sentido y, por tanto, sólo puede ser comprendido en relación con los otros, estando, así, en una conexión que podemos llamar de interdependencia significativa (...) Y lo que signifique la fórmula en total sólo es comprensible median-

8 E. DÍAZ, «La justificación ética de la democracia», J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, y I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina*, Marcial Pons, Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Sao Paulo, 2014, p. 73.

9 Constitucionalismo equivale históricamente a la lucha por la legalidad. I DE OTTO, *Constitución y Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 129, 130.

10 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «El legislador», en J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, y I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (eds.), *Constitución: norma y realidad. Teoría constitucional para Antonio López Pina, cit.*, 2014, pp. 286-291.

te un análisis de cada uno de los componentes y de sus relaciones»<sup>11</sup>. La superación del Estado liberal sólo se produce con la democratización del poder al configurar un Estado democrático de Derecho que, mediante la extensión del sufragio, hasta llegar al universal, integra en el sistema parlamentario a toda la base social del Estado; y de ese modo, con la creciente influencia de los parlamentos contemporáneos, somete la dirección del Estado a tensiones y conflictos. Del procesamiento de tal experiencia surge el *Estado social de Derecho*, una fórmula que ya había sido propuesta por Heller en 1929 (*¿Estado de Derecho o dictadura?*)<sup>12</sup>; y que no viene sino a pretender asegurar tal Estado democrático de Derecho en las nuevas condiciones.

Ahora bien, no podemos olvidar que el principio democrático es un postulado relativo a la titularidad del poder, vincula la forma de organización del Estado con el principio de la soberanía popular; es cierto que encuentra sus límites en la estructura normativa del Estado de Derecho, y amplía su contenido a la dimensión social (Estado social); pero actúa como principio de legitimidad de la Constitución, tanto externa —a través de un proceso constituyente de elaboración y aprobación de carácter democrático— como, sobre todo, interna, reconociendo y garantizando jurídicamente la soberanía del pueblo. Bien puede decirse, con Rubio Llorente, que «no hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es, utilizando una frase que Jellinek aplica, con alguna inconsecuencia, a las constituciones napoleónicas, simple despotismo con apariencia constitucional»<sup>13</sup>. Y así, como observa Salvador, el ejercicio que se haga de dicho poder en los órganos estatales debe predicarse siempre del pueblo, «es decir, aunque haya una diferenciación entre titularidad y ejercicio del poder, el ejercicio no puede desvincularse de la titularidad»<sup>14</sup>. Aragón insiste así que «el principio democrático es el único capaz de cimentar la existencia de una teoría general de la Constitución en el sentido de general-particularizada (única teoría dotada de categorías jurídicamente "válidas"), esto es, en el sentido de teoría de la Constitución democrática»<sup>15</sup>.

11 M. GARCÍA-PELAYO, «Las transformaciones del Estado contemporáneo», *Obras completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, Tomo II, pp. 1664.

12 H. HELLER, *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283-301.

13 F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, vol. 1, CEC, Madrid, 1993, p. 87.

14 M. SALVADOR MARTÍNEZ, «Los partidos políticos como instrumento de participación y su estatuto constitucional», *op. cit.*, p. 333

15 M. ARAGÓN REYES, «La eficacia jurídica del principio democrático», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 24, sept-dic. 1988, p. 37

Resulta así central la figura de la ley y, por ende, de su creador, el legislador. Y tal centralidad, debemos recordarlo, sitúa en planos diversos las tareas respectivas de crear Derecho (*Rechtsschöpfung*), que corresponde a los órganos políticos, principalmente a los partidos políticos, y desarrollarlo (*Rechtsfortbildung*), que corresponde a los jurídicos, y en concreto a la Administración y a los jueces. Es cierto que en la teoría del Estado que nace con la Revolución Francesa tal separación entre creación y aplicación de las normas se concibe de forma estricta. Y que esta concepción se ha visto sometida desde finales del siglo XIX a una fuerte crítica; la teoría jurídica moderna desveló la gran complejidad de la actividad de aplicación de las normas. Como observó Kelsen<sup>16</sup>, cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma y únicamente podrá llevar a cabo esta tarea mediante la interpretación de la misma. La actividad del Juez no es solamente cognoscitiva, también es volitiva. Pero, como ya nos expuso De Otto, «ello no implica que la función del juez quede equiparada a la del legislador, no significa que el juez se vea dotado de un poder político»<sup>17</sup>. El juez siempre deberá encontrarse sometido a unos límites que le impidan dotarse de un poder político que hiciera quebrar su independencia. Éstos, tal y como señala el propio De Otto<sup>18</sup>, son dos: la sumisión a la norma, y en el caso de que ésta no determine el contenido de su decisión, la aplicación de las reglas de interpretación que vienen ya establecidas en el ordenamiento jurídico –artículo 3.1 del Código Civil–; «la existencia de estas reglas mantiene el carácter jurídico del acto de aplicación y por tanto la diferencia entre la jurisdicción y las restantes funciones del Estado»; los márgenes de la interpretación judicial no podrán ser nunca comparables con la discrecionalidad del legislador. Y el problema básico que de este modo se plantea radica en la determinación del límite en la expansión del derecho a la hora de la aplicación de la Ley.

Cabe así destacar, de un lado, estudios que alertando sobre los problemas a que puede conducir un exceso en la actividad judicial, proponen límites a tal actividad; en esta línea podríamos señalar al propio De Otto, o Zagrebelsky<sup>19</sup>. También existen

16 H. KELSEN. *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1995, p. 354.

17 I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid. Barcelona, 1997, p. 288.

18 I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, cit.*, pp. 288, 289.

19 I DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, cit.*, p. 290. PÉREZ LUÑO, de igual modo, observa cómo «el reforzamiento del arbitrio judicial (*Richterrecht*) entraña un ataque frontal a la seguridad jurídica» en *La seguridad jurídica*, op. cit. p. Para ZAGREBELSKY «si el derecho de las leyes no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático», *El Derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, Madrid, 1997.

trabajos que de una manera especialmente pormenorizada explican la necesidad de imponer límites del poder de los jueces en un orden democrático constitucional. Quizá pueda ser Vosskuhle, catedrático de Derecho Público de la Universidad de Friburgo, antiguo decano de esta Facultad, y actual presidente en el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*), quién de forma más clara ha alertado de este peligro. En su tesis, publicada en 1993 bajo el título: *La protección jurídica frente al juez (Rechtsschutz gegen den Richter)*<sup>20</sup> plantea, a los efectos de evitar un Estado judicial, la necesidad de imponer límites al poder de los jueces<sup>21</sup>.

Pero sobre todo caben destacar estudios que hacen ver la centralidad que corresponde en nuestro vigente constitucionalismo al legislador, único legitimado para crear Derecho; y por ende a los órganos políticos que monopolizan en la actualidad la aspiración de convertirse en legisladores, los partidos políticos. Ayala ya preconizó en la II República su importancia, pero es seguramente el magisterio de nuestro gran clásico, García Pelayo, quién destaca en toda su perfección su relevancia. Ayala, en efecto, en su tesis doctoral realizada durante la II República, designaba ya a los partidos políticos a modo de órganos de gobierno en el Estado moderno. Los concebía no sólo como asociaciones intermedias entre la sociedad y el Estado, sino incluso como órganos de Derecho Público; que venían a sumarse a los órganos materiales que, como Gobierno, Parlamento o Jefe del Estado, establecían las Constituciones escri-

20 A. VOSSKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, CH Beck, pp. 269-271. Vid también en el contexto del debate relativo a la conveniencia o no de entregar a tribunales constitucionales especiales el control de la constitucionalidad de las leyes elaboradas por los parlamentos democráticos, en concreto sobre las posibilidades de introducir en el entramado institucional de la III República Francesa un órgano que ejerciera la jurisdicción constitucional, la obra clásica publicada por primera vez en 1921 de E. LAMBERT, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, Madrid, Tecnos, 2010. Vid también el comentario que de la obra realiza I. TORRES MURO, «Uno y abuso de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 90, sept-dic. 2010

21 A. VOSSKUHLE, *op. cit.*, pp. 269-271. Si la lucha por la independencia del juez es reflejo histórico de la pugna contra el poder absoluto del Estado, la limitación que requiere ahora el poder del juez exige una liberación de los riesgos a que puede conducir el *Estado judicial*, p. 271, entre ellos, la falta de seguridad jurídica y la racionalidad en las decisiones judiciales, pp. 274-276. Plantea una serie de controles frente al juez; no son otra cosa que derechos del ciudadano frente a su poder, y están orientados a asegurar la racionalidad de sus decisiones y así la asunción de las mismas: la sumisión del juez al legislador, la posibilidad del indulto frente a decisiones del juez, el principio jurídico-público de la publicidad del procedimiento judicial, la posibilidad de la abstención y la recusación de jueces y el control de las decisiones a través de la necesidad de adoptarlas de forma colegiada, pp. 280-292

tas<sup>22</sup>. García Pelayo en su magistral *Estado de Partidos* nos hace ver que siendo cierto que la formación de la voluntad unitaria del Estado no se lleva a cabo eliminando el conflicto de voluntades y de intereses, sino partiendo del mismo, la necesaria formación de la unidad estatal ha de tener como supuesto el reconocimiento de las fuerzas sociales y políticas que han tomado posesión del Parlamento en forma de partidos. «El Estado de Partidos es necesariamente la forma de Estado democrático de nuestro tiempo: sin la mediación organizativa de los partidos entre los individuos y la totalidad sería imposible la formación de una opinión y una voluntad colectivas»<sup>23</sup>. A partir de la toma de conciencia de tal centralidad, puede ser conveniente en primer lugar, como venimos señalando, no sólo explicar el lugar privilegiado que ocupan, sino la correspondiente tarea del Derecho constitucional de regular tal posición (2); y la necesidad de extender tal posición y su racionalización a la Unión Europea como única forma de hacer extensible la democracia a ese nivel supranacional (3)

## II. LOS PRINCIPIOS QUE ASEGURAN LA CENTRALIDAD DE LOS PARTIDOS EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL

El concepto de poder, como observa Weber, está relacionado con el de dominación, es decir, con la posibilidad de ejercer una autoridad sobre un grupo social determinado y encontrar un grado de obediencia<sup>24</sup>. Si la lucha por el poder ha sido una constante en la especie humana, el constitucionalismo democrático pretende encauzar jurídicamente tal pugna, ofreciendo elementos racionales. El Derecho que emana del mismo, concebido pues como instrumento de racionalización, pretende encauzar la competición. Y lo hace, como veremos, otorgando a los partidos políticos, no sólo centralidad en el orden democrático, sino precisamente por ello, una serie de funciones y cargas que aseguren que cumplan sus muy relevantes funciones. De la mejor o peor manera de realizarlo depende en definitiva la propia democracia.

El estatus constitucional de los partidos políticos es condición, no consecuencia, de su apropiada participación en la formación de la voluntad política; tal estatus bien puede venir mediado por cuatro principios, teorizados tempranamente por la dogmática alemana: libertad (*Freiheit*), igualdad (*Gleichheit*), publicidad (*Öffentli-*

22 La tesis de Ayala es citada y comentada por I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la ilustración a nuestros días*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2009, pp. 258-261. M. GARCÍA-PELAYO Y ALONSO, «El Estado de Partidos», *Obras completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 1984.

23 M. GARCÍA-PELAYO, «El Estado de Partidos», *Obras Completas, cit.*, Tomo II, p. 1985.

24 M. WEBER, *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 84, 85.

*chkeit*) y democracia interna (*Interne Demokratie*). Tales principios han de asegurar que al protagonismo y centralidad que confiere el orden constitucional a los partidos, esto es, al poder que les otorga, le corresponde a su vez el necesario control y así racionalización. Rodríguez nos ha hecho ver cómo de tal equilibrio entre poder y control depende que la trascendental función de los partidos sea realizada de forma constitucionalmente adecuada<sup>25</sup>.

La libertad se orienta a asegurar un ámbito de autonomía de los partidos como asociaciones privadas frente a cualquier tipo de coacción proveniente de poderes públicos o privados. La igualdad se proyecta en la relación entre partidos debiendo garantizar una igualdad de oportunidades en la competición electoral. La publicidad es esencial para permitir a la ciudadanía conocer los partidos políticos como agentes mediadores entre ellos y el Estado. Y la democracia interna, por último, no es sino una proyección de la libertad de los partidos, contemplada en el funcionamiento interno de los mismos.

El principio de libertad se proyecta principalmente en el ámbito de la sociedad y debe garantizar, al menos, dos cuestiones: en primer lugar, la libre formación de los partidos y así que su surgimiento esté exento de cualquier influencia estatal; en segundo término, que su función se proyecte en la mayor participación de aquéllos. Por lo que se refiere al primer aspecto, los partidos políticos, no lo olvidemos, deben ser el instrumento básico que convierta la diversidad de intereses y valores existentes en la sociedad en expresión más o menos ordenada de reivindicaciones; que permita, en definitiva, determinar objetivos políticos, adoptando una ideología y programa político concreto, ofreciendo así a la ciudadanía proyectos políticos diferenciados entre los que elegir. Su nacimiento debe ser libre y no responder a coacción alguna. La entrada y la salida de un partido político debe ser libre; la prohibición de partidos debe ser una medida excepcional, debiendo ser decretada en su caso por un Tribunal superior.

El principio de libertad, en segundo término, debe asegurar que, siendo estos elementos centrales del principio democrático, desarrollen su actividad asegurando la mayor y mejor participación de los ciudadanos. Los partidos políticos, en efecto, son instrumento esencial de movilización de los ciudadanos, al menos en dos aspectos: en el momento de las elecciones, pugnando por la adhesión de los ciudadanos a su correspondiente oferta electoral, pero también luchando por seducir a aquéllos

25 A. RODRÍGUEZ, «El régimen constitucional de los partidos políticos en el Derecho de la Unión Europea: un equilibrio sui géneris», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 190, 191.

para participar en las más diversas movilizaciones sociales previamente elegidas por ellos; y que entiendan pues inspiradas por sus intereses o reivindicaciones.

El principio de igualdad se proyecta en la igualdad de oportunidades entre los partidos; significa que todos los partidos políticos tienen que ser tratados por igual, sin excepción, sólo cabe admitir diferencias de trato siempre que exista una razón evidente y justificada. El primero de los ámbitos de manifestación de la igualdad de oportunidades fue el derecho electoral; y así, en Alemania, como nos cuenta Fernández Vivas<sup>26</sup>, su Tribunal Constitucional reconoció la igualdad de oportunidades de los partidos políticos –la *politische Chancengleichheit*– por primera vez ya en 1954, con ocasión de un recurso sobre derecho electoral. En su sentencia, el Tribunal afirmó que la *Chancengleichheit*, entendida como igualdad electoral, obliga a los poderes públicos, especialmente al legislador, a establecer y desarrollar un determinado derecho electoral que garantice la igualdad de oportunidades de todos los partidos políticos, y, puesto que esta igualdad la entiende el Tribunal Constitucional como igualdad «esencial y estrictamente formal», el legislador, a su juicio, dispone de un margen muy reducido en el desarrollo del derecho electoral, debe dar a todos los partidos políticos el mismo trato y sólo cuando exista un motivo suficiente que lo justifique podrá introducir una diferencia, ya sea entre los electores, los candidatos electorales o los partidos políticos.

La igualdad de oportunidades se ha desplegado también en el ámbito de la financiación de los partidos; debe tenerse en cuenta para evitar desigualdades económicas que de hecho pudieran influir en las oportunidades de los partidos políticos. Por último, también se ha desarrollado en el ámbito de la comunicación, que es el que quizá plantea hoy en día mayores retos desde la perspectiva de la función que deben desempeñar los partidos y desde la igualdad de oportunidades necesaria para ello. La igualdad de oportunidades, en definitiva, exige una garantía de las mismas oportunidades de los sujetos que participan en la lucha política, asegurando así que el proceso político funciona correctamente. Permite concebir, en definitiva, la democracia de partidos como una democracia de la libre competencia entre los partidos. Precisamente porque la institucionalización de la democracia se ha transformado en concurrencia directa entre los diferentes intereses sociales que representan los partidos; Morlok, en la doctrina alemana, ha teorizado sobre el asunto con particular fortuna<sup>27</sup>.

26 Y. FERNÁNDEZ VIVAS, *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2007, p. 56.

27 M. MORLOK, «Parteienrecht als Wettbewerbsrecht», en P. HÄBERLE/ M. MORLOK/V.

El principio de publicidad, como observa Salvador, «exige que el proceso de formación de la voluntad política sea un proceso público y abierto, de modo que los ciudadanos tengan la posibilidad de conocer las diferentes opciones políticas y elegir entre ellas»<sup>28</sup>. Este principio, lógicamente, exige que la actividad de los partidos sea pública; su constitución interna y su financiación, pero también su programa político y su actuación en órganos públicos, parlamentarios y de gobierno (en el caso de España, tanto del Estado central como de las Comunidades Autónomas); así, el desarrollo de los partidos políticos está en íntima conexión con el progreso de la democracia parlamentaria.

Por último, como venimos repitiendo, la democracia debe permanecer abierta a nuevas corrientes sociales, que han de poder hallar su propio cauce, sea dentro de los partidos existentes, sea mediante la creación de otros nuevos. Pero los partidos tienen una tendencia natural a la oligarquía: para alcanzar el poder político, y además aglutinar un número elevado de militantes o simpatizantes, hace falta una fuerte estructura organizativa y disciplina interna. Desde el punto de vista del sistema de partidos, es también natural que los instalados en el mismo utilicen su poder para estabilizar la situación presente, en la que han alcanzado una determinada posición, dificultando la implantación de nuevos partidos. Por eso se impone el último de los principios que debe moldear el Derecho de los partidos, el de la democracia interna (*Interne Domokratie*).

En el plano interno, para evitar que las estructuras de poder del partido bloqueen el ascenso de las corrientes sociales que están en su base hacia la altura de las capas dirigentes, nuestro constituyente configuró como carga específica sobre los partidos que su organización y funcionamiento fueran democráticos (art. 6 CE). El mandato es tan impreciso que requiere de desarrollo legal, pero hemos de tener en cuenta que dicho desarrollo ha de ser aprobado por unas Cortes Generales que, a su vez, están compuestas por diputados y senadores elegidos en las listas electorales de los partidos instalados en el sistema. Las muy serias limitaciones de tal democracia hacen que quede al menos el recurso de crear nuevos partidos, algo que en principio formalmente no ofrece mayores dificultades; sí existen más obstáculos en nuestro ordenamiento a la hora de configurar regulaciones que faciliten o al menos permitan

SKOURIS (Hrsg), *Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos. Zum 70 Geburtstag am 5. Mai 2003*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 408-447.

28 M. SALVADOR, *op. cit.* p. 350

que tales nuevos partidos gocen de oportunidades reales de competir en igualdad de condiciones con el resto<sup>29</sup>.

En cualquier caso, no se oculta cómo la lucha por el poder hace en gran medida que los partidos políticos hagan uso de medios legítimos e ilegítimos; que por lo tanto existan dificultades no menores para incardinar en la teoría y sobre todo en la realidad del orden constitucional de los partidos los principios mencionados; y que incluso, como nos hizo notar Michels, los procedimientos democráticos no sean a veces suficientes para asegurar tal racionalización del poder. En la actualidad, decía el politólogo y sociólogo alemán, corremos el peligro de que las élites del poder, nacidas en la sociedad a través de procedimientos legítimos, entren en un proceso mediante el cual su poder aumente y se perpetúe a sí mismo retroalimentándose y produciendo, por tanto, más poder<sup>30</sup>. No obstante, y al margen de que ello pueda ser cierto, nos parece que de lo dicho hasta el momento se desprenden dos ideas claras.

En primer lugar, que, si bien existen tendencias naturales a la lucha desahogada y sin reglas por el poder, el derecho puede desplegar elementos que aporten racionalidad a la contienda. La réplica que ofrecen Alexander Schiffrin u Otto Stammner a las tesis de Robert Michels sobre la natural tendencia de los partidos a la oligarquía, pueden extrapolarse a otros ámbitos<sup>31</sup>.

Pero en segundo término, que, a pesar de todas sus imperfecciones, los partidos políticos son elementos estructurales y centrales del orden democrático y que en consecuencia el Derecho de partidos es medular en el Ordenamiento constitucional. Por eso parece especialmente pertinente lograr un ordenamiento de partidos, en palabras de Hesse, constitucionalmente adecuado; y en consecuencia, son sumamente ilustrativos los análisis críticos de tal ordenamiento y las propuestas de mejora<sup>32</sup>. Ahora bien, si es cierto que sin partidos políticos no hay democracia y que son estos

29 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «Incidencias de los resultados electorales sobre el pluralismo político y la democracia interna en los partidos», *REDC*, núm. 109, p. 285

30 Acuña así el conocido concepto de «ley de hierro de las oligarquías», R. MICHELS, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Amorrortu, Buenos Aires, 2017.

31 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, « Incidencias de los resultados electorales sobre el pluralismo político y la democracia interna en los partidos», *op. cit.*, 272-273.

32 C. GARRIDO LÓPEZ, E. SÁENZ ROYO (coords.), *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016. Y sobre todo el comentario que con motivo de este libro realiza M. SALVADOR, «Derecho de partidos. Con motivo de la obra C. GARRIDO LÓPEZ, E. SÁENZ ROYO (coords.), *La reforma del Estado de partidos*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 162 pp.», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, pp. 259-307.

elementos centrales de aquél, cualquier pretensión de proyectar principios democráticos más allá del Estado debe pasar necesariamente por potenciarlos.

### III. LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

Los partidos políticos han sido en la historia constitucional, primero una realidad sociopolítica, posteriormente, una existencia reconocida por el Derecho. Los partidos políticos no nacen de una previsión constitucional, sino de la práctica política. En la Unión Europea, sin embargo, parece estar produciéndose la situación inversa: el Derecho acoge una realidad que, o no existe, o lo hace de forma muy precaria, precisamente en el ánimo de, bien fomentar su existencia, bien robustecerla. Ello se explica por la singularidad del Derecho de la Unión Europea: como observa Rodríguez, «la inexistencia de un pueblo o *demos* europeo que dote de legitimidad democrática al ordenamiento jurídico de la UE de manera directa, sin intermediación de los Estados miembros»<sup>33</sup>. Y es tal inexistencia de pueblo europeo lo que les dota de una función singular, la de adoptar funciones directamente relacionadas con la creación o fortalecimiento de tal *demos*.

Es cierto que la centralidad de los partidos políticos en el Derecho de la Unión se manifiesta de forma clara tanto en el Derecho originario como en el Derivado. Pero en la práctica tal centralidad se puede ver desplazada precisamente por mor sobre todo de uno de los aspectos que habíamos tratado en la introducción que la amenaza en el ámbito constitucional, el excesivo poder que puede llegar a asumir el elemento jurídico frente al político y así los jueces en detrimento del legislador. Ya se alertó en su momento de la excesiva preponderancia que asumía el propio Derecho en la creación del orden europeo, la integración a través del Derecho (*Integration durch Recht*) cobraba un específico relieve en el ámbito europeo que fue en su momento objeto de denuncia. Se evidenció como el principal camino a seguir para formar Europa, aun cuando la legitimidad de esta forma de construcción pudiera cuestionarse desde parámetros clásicos<sup>34</sup>. El problema es que tal actuación podría

33 26 A. RODRÍGUEZ, «El régimen constitucional de los partidos políticos en el Derecho de la Unión Europea: un equilibrio sui géneris», *Teoría y Realidad Constitucional*, cit., p. 195.

34 La crítica es generalizada desde una perspectiva constitucional. Sólo pareció defender en su momento tal actuación J. WEILER al señalar que el cambio profundo llevado en Europa, que hubiera requerido algo semejante a una convención constitucional, sólo se puede explicar por la «profundamente arraigada legitimidad derivada de la mística neutralidad del Poder Judicial...y de la actividad cuasi-religiosa que atribuimos a nuestros tribunales supremos», *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

no sólo no haberse contenido, sino haber crecido. Los sucesivos fracasos de dotar al proyecto europeo de impulsos políticos podrían haber movido a ello. El definitivo fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, la reciente decisión refrendada por el pueblo inglés de salir del proyecto europeo, el repliegue nacional que ha supuesto en gran medida la actual crisis económica, podría evidenciar un fracaso en la construcción política de Europa, que moviera a volver la vista a la construcción jurídica, incluso concebida a modo de impulso de la necesaria edificación política.

Ya nos pronunciamos sobre los riesgos de tal opción; y sobre cómo a pesar de que puede ser tentador depositar las esperanzas de construcción europea en el Tribunal de Justicia y su vínculo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal vía encierra graves peligros. Al problema ya existente en la Unión Europea por el que el poder ejecutivo, sólo legitimado de forma parcial, adopte decisiones políticas de la mayor importancia, no parece que deba seguirle otro por el que ahora sean los jueces los que asuman más poder; las decisiones se seguirían adoptando así de forma no democrática. Las soluciones al tan traído déficit democrático parece que no deben buscarse en un robustecimiento del papel del Tribunal de Justicia, sino en un fortalecimiento de los órganos políticos<sup>35</sup>.

Por otra parte, es cierto también que se han realizado desarrollos en el ámbito europeo en orden a implantar mecanismos de democracia directa. El Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre la iniciativa ciudadana creó la denominada Iniciativa Ciudadana Europea, que permite que un millón de ciudadanos de la Unión participen directamente en el desarrollo de las políticas de la UE, pidiendo a la Comisión Europea que presente una propuesta de legislación. Y en efecto, al día de hoy existen diferentes iniciativas que han prosperado (*Stop Vivisection*, *Uno de nosotros*, *El derecho al agua*)<sup>36</sup>. Pero al margen de que la cantidad sea discreta, la Comisión no ha adoptado a partir de las mismas proceso legislativo alguno<sup>37</sup>. Ciertamente, el 13 de septiembre de 2017 la Comisión adoptó una «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ciudadanía europea» que pretende reformar el procedimiento a

35 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «Integración y exclusión en la Unión Europea o los límites de la integración jurídica en Europa», en R. MORÁN MARTÍN, *op. cit.*, pp. 511-540

36 Cfr. la página oficial <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/regulation-review>

37 Un estudio sistemático y certero en S. VIÑUALES FERREIRO, «La participación ciudadana en el derecho de la Unión Europea», *Retos y nuevas perspectivas de la participación pública, Procedimientos de implementación, desajustes y casos de estudio*, en prensa.

fin de aligerarlo de las muy serias cargas que ahora impone<sup>38</sup>. En cualquier caso, y al margen de que los requisitos podrían seguir siendo muy gravosos, parece necesario recordar que esta propuesta de democracia directa, como habíamos visto, no puede sustituir, sino complementar al necesario robustecimiento de la democracia representativa en Europa. No se trata de criticar la iniciativa, y menos su actual reforma, sino de situarla en su justo lugar; como un progreso muy importante, una vía muy saludable, a los efectos de robustecer el incipiente foro público europeo, que precisa previamente de partidos políticos europeos que canalicen de forma ordenada la pluralidad de intereses de la sociedad europea. Parece necesario volver la vista así sobre la regulación de los partidos políticos en la Unión Europea, como paso previo para plantearse las posibilidades de existencia de un foro público europeo.

El artículo 10 del Tratado de la Unión Europea dispone, en primer lugar, que «el funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa» para, a continuación, señalar, en consecuencia, que «los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión». El artículo 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece el título competencial en función del cual el legislador de la Unión puede aprobar la correspondiente norma de desarrollo, habilitando al Parlamento Europeo y al Consejo para aprobar, mediante el procedimiento legislativo ordinario, el estatuto de los partidos políticos a escala europea. Y en su virtud, en efecto, se aprobó el Reglamento (UE, Euratom) n.º 1141/2014 del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre el estatuto y financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de asociación y el de participación política mediante el sufragio, el

38 A fin de que sea más fácil organizar una iniciativa ciudadana, merced a la nueva regulación, la Comisión colaborará más estrechamente con los organizadores para garantizar la admisibilidad de sus solicitudes de registro. También ofrecerá un servicio de recogida de datos en línea gratuito para los organizadores, la posibilidad de recurrir a la identificación electrónica para apoyar una iniciativa y la traducción de todas las iniciativas a todas las lenguas de la UE. Para que sea más fácil apoyar una iniciativa, la Comisión reducirá la cantidad de datos necesarios; los organizadores solo deberán utilizar dos tipos de formularios de apoyo, frente a los 13 modelos diferentes que existen ahora, sobre todo debido a las diferentes normas nacionales. La propuesta de la Comisión también rebaja la edad para apoyar una iniciativa de 18 a 16 años, lo que supondrá abrir la puerta a 10 millones de nuevos votantes potenciales. Para aumentar el efecto de las iniciativas fructíferas, el proceso de seguimiento se mejorará para fomentar un debate más profundo antes de que la Comisión dé su respuesta. También se informará a los ciudadanos del curso dado a las iniciativas que hayan firmado, si así lo desean.

primero, en el Capítulo II, Libertades, y el segundo, en el capítulo V Ciudadanía. El primer apartado del artículo 12 de la Carta dispone: «Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»; y el segundo establece: «Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión». El artículo 39 de la Carta reconoce el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo. Dispone su primer apartado: «Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado». Merced a su segundo apartado, «los diputados del Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal libre, directo y secreto».

En cualquier caso, como decíamos anteriormente, parece necesario plantearse, en primer lugar, si cabe siquiera proponer la conveniencia o incluso posibilidad de existencia de un *demos* en Europa, capaz de aportar la sustancia que requiere toda democracia constitucional (3.1). Para analizar posteriormente si la teoría constitucional –descrita en la regulación de los mismos– incide en la realidad constitucional europea (3.2).

### 1. Sobre la conveniencia de la democracia en el ámbito supranacional

Es cierto que han sido hegemónicas –y en cierta medida lo siguen siendo– posturas que defienden la exclusiva posibilidad de realización de los postulados constitucionales en el Estado. Frente a la tendencia extendida en los últimos tiempos de hacer «Ciencia del Derecho Constitucional» sin «Estado», autores como J. Isensee y P. Kirchhof, editores del *Handbuch des Staatsrechts*, entienden que es preciso recuperar la idea de Estado<sup>39</sup>. Se defiende así una cierta «vuelta al Estado», que precisamente podría haber venido motivada en Alemania por dos problemas muy concretos: la reunificación y el proceso de integración europea. El Estado, se dice, sólo puede vivir y mantenerse, a través de un proceso, citando a Hesse, «constitucionalmente ordenado»<sup>40</sup>. El Estado, como «unidad organizada de decisión y acción», en la de-

39 Vid. en el vol. I de la obra citada, *Handbuch des Staatsrechts*, 1987, los trabajos de J. ISENSEE, «Staat und Verfassung», p. 591 y ss.; y P. KIRCHHOF, «Der deutsche Staat im Prozess der Europäischen Integration», pp. 855 y ss.

40 K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1993 (19.<sup>a</sup> ed.), pp. 5 y ss. No obstante, la obra de Hesse parece distanciarse claramente de estas tesis, de forma ex-

finición de Heller<sup>41</sup>, cobra vida, precisamente, a través de la aplicación y desarrollo de su Constitución. La Constitución es, pues, Constitución del Estado y el Derecho Constitucional es, por consiguiente, Derecho del Estado.

Ahora bien, esta concepción del Derecho constitucional no puede ocultar la mitificadora apelación directa al pueblo que realiza y no puede desconocer el carácter eminentemente representativo, sea de los procesos constituyentes, sea del proceso democrático ordinario de formación de la voluntad<sup>42</sup>. Las Constituciones las hacen, mejor o peor, los representantes elegidos al efecto en unos comicios democráticos. El poder constituyente no descansa necesariamente en una identidad nacional, sino más bien en la voluntad expresada por los ciudadanos en el marco de procesos democráticos institucionalizados. El proceso democrático de formación de la voluntad no necesita realizarse exclusivamente a través de grupos sociales homogéneos, sino por medios de estructuras políticas organizadas por medios de cauces participativos. Esta dimensión representativa y participativa es la que pueden aportar precisamente los partidos, ya no a escala nacional, sino europea.

Porque lo cierto es que mucho se ha teorizado sobre el *Estado constitucional impotente* y sobre cómo el proceso de expansión mundial de los espacios económicos lo ha hecho en detrimento de la política, y tal dinámica, como ha observado entre nosotros por ejemplo De Vega<sup>43</sup>, afecta directamente al vigente constitucionalismo<sup>44</sup>. Los Estados constitucionales del viejo continente no parecen disponer de la capacidad y aptitud suficiente para regular y someter a orden los actuales procesos económicos. Y así, aun cuando existiera, en palabras de Hesse, una voluntad real de Constitución (*Wille zur Verfassung*) en los Estados nacionales y, en consecuencia,

plícita, «Constitución y Derecho constitucional», en BENDA, E, MAIHOFER, W; VOGEL, H; HESSE, K, HEYDE, W, *Manual de Derecho constitucional*, 2.ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 13-15.

41 H. HELLER, *Teoría del Estado*, 1943, pp. 246 y ss.

42 A. LÓPEZ PINA, «De la idealización del Estado», *Saber Leer*, núm. 36, pp. 4, 5.

43 P. DE VEGA, «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n.º 100. Abril-junio 1998, p. 29

44 A partir de tal entendimiento, cabría definir el Estado nacional como *Estado impotente*, «que traduce el fin de la relación entre política y economía propia del Estado social», G. MAESTRO, «Globalización y Constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 2001, p. 2. En rigor, como observa A. PORRAS NADALES, cabría describir la realidad en cambio no ya como un modelo de Estado postsocial, sino más bien como un auténtico modelo de *no-Estado*, «Estado postsocial e integración europea», APARICIO PÉREZ, M.A (Dir.), *Derecho constitucional y formas políticas. Actas del Congreso de Derecho constitucional y Estado Autonomico*, Barcelona: CEDECS, 2001 669.

se dispusiera de la intención de someter la dinámica económica a los propios procesos constitucionales internos, difícilmente cabría realizar tal tarea en las actuales circunstancias.

Ciertamente, el Derecho de la Unión Europea incide directamente en el dogma de la supremacía constitucional<sup>45</sup>. La nueva ordenación territorial de las relaciones políticas y económicas que impone el proceso de integración europeo, incide en el fortalecimiento del poder de los Estados y en concreto de los Gobiernos y sus funciones. Pero además, lo hace en la propia dirección política del Estado, en concreto, construyendo la potestad presupuestaria del Gobierno, y especialmente el control que el Parlamento realiza de la misma, que simbolizan la máxima expresión de la soberanía del Estado constitucional<sup>46</sup>. Bien pueden disponer los Estados constitucionales de *demos*, su *krátos*<sup>47</sup> está seriamente reducido.

## 2. La democracia de partidos en la Unión Europea

La razón de crear un estatuto de los partidos políticos europeos, como observa Constantinesco, es doble: «otorgar un marco jurídico europeo a estos partidos sometiéndoles a reglas comunes –y permitiendo entonces una financiación europea– y, al

45 Sobre la configuración de la Constitución como fuente suprema del Ordenamiento Jurídico con valor normativo propio, a partir de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Constitución como norma jurídica», *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, Quinta edición, 1992, pp. 97 y ss., resultan clarificadores A. NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pp. 373 y ss., F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. Vol. II. Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, cit., pp. 20 y ss., L. DÍEZ-PICAZO, «Constitución, Ley y Juez», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, pp. 9 y ss., M.A. APARICIO PÉREZ, «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989, pp. 48 y ss.

46 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «Integración europea, reducción del Estado», en L. GORDILLO (coord.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración. Actas del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, en prensa.

47 Democracia, como es conocido, proviene de los vocablos δῆμος (*dēmos*, que puede traducirse como «pueblo») y κράτος (*krátos*, que puede traducirse como «poder», o «gobierno»). Hasta el momento, nos hemos centrado en el *demos*, pueblo, defendiendo la tesis de que la pluralidad del mismo sólo puede reconducirse a unidad racional en el Estado constitucional a través básicamente de los partidos políticos. Pero una mínima apelación al *krátos* o poder podría hacer que debiéramos volver la vista sobre ámbitos superiores al Estado.

mismo tiempo, dar luz a verdaderos entes políticos europeos que recibirán la doble y difícil misión de contribuir a formar la conciencia europea y expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión»<sup>48</sup>.

El carácter voluntarista del Reglamento puede verse con claridad ya en su exposición de motivos. Allí se afirma el carácter de los partidos políticos como verdaderos motores de la integración; y así, a modo de elementos centrales del orden europeo, en el apartado cuarto se establece:

«Unos partidos políticos europeos verdaderamente transnacionales y sus fundaciones políticas europeas afiliadas tienen un papel clave que desempeñar en la articulación de la voz de los ciudadanos a escala europea colmando el vacío entre la política en el plano nacional y en el plano de la Unión».

Y en el apartado quinto:

«Los partidos políticos europeos y sus fundaciones políticas europeas afiliadas deben ser alentados y asistidos en sus esfuerzos por establecer un fuerte vínculo entre la sociedad civil europea y las instituciones de la Unión, especialmente el Parlamento Europeo».

Consecuencia de tal centralidad, dispone el apartado séptimo, es que:

«debe establecerse un estatuto jurídico europeo específico para los partidos políticos europeos y sus fundaciones políticas europeas afiliadas»

Y ha de crearse una Autoridad encargada de su registro y control. Conforme al apartado octavo:

«Se ha de crear una Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas (en lo sucesivo, "Autoridad") encargada de su registro y control, así como de la imposición de sanciones a los mismos. El registro debe ser necesario para la obtención del estatuto jurídico europeo, que implica una serie de derechos y obligaciones. Para evitar posibles conflictos de intereses, la Autoridad debe ser independiente».

Pero sobre todo, se prevé que puedan recibir financiación pública. Como oportunamente observa Constantinesco, «ganar sufragios y promover la conciencia europea necesita fondos, especialmente en procesos electorales»<sup>49</sup>. Así lo hace su apartado 12:

48 V. CONSTANTINESCO, «Los partidos políticos y sus fundaciones en el ámbito europeo. Análisis a la luz del Reglamento (UE, Euratom) núm. 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre el estatuto de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 342.

49 V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 349

«Los partidos políticos europeos y sus fundaciones políticas europeas afiliadas que deseen obtener el reconocimiento como tales a escala de la Unión en virtud de un estatuto jurídico europeo y recibir financiación pública con cargo al presupuesto general de la Unión Europea deben respetar determinados principios y cumplir determinados requisitos. En particular, es preciso que respeten los valores en los que se basa la Unión, enunciados en el artículo 2 del TUE».

La financiación pública, en fin, bien puede entenderse como una realización concreta de esas solidaridades de hecho de las que hablaba Robert Schumann en su famosa declaración del 9 de mayo de 1950; así lo hace el propio Constantinesco<sup>50</sup>. Cabe censurar que el control sobre tal financiación ya no es a priori como establecía el anterior Reglamento, sino a posteriori (así lo establece el artículo 23 del Reglamento); pero sobre todo cabe observar cómo las buenas intenciones del Reglamento necesitan ser complementadas por una apuesta política por la formación de un espacio público europeo, que seguramente no puede ser creado por el Derecho. Podría hacernos caer en lo que De Otto denominó «la ilusión de los juristas»<sup>51</sup>.

#### IV. A MODO DE BREVES CONCLUSIONES

Es cierto, como por ejemplo ha denunciado Chofre en un contexto de acusación general de déficit democrático de la Unión Europea, cómo los grupos políticos en el Parlamento Europeo se significan más bien como una unidad, los eurodiputados se comportan más bien «como una especial minoría frente a los poderes mayoritarios de los órganos ejecutivos comunitarios»<sup>52</sup>. Este Parlamento, así concebido, se asemeja a las cámaras del primer liberalismo, y el incipiente espacio público en la Unión Europea, a un espacio propio del constitucionalismo del primer Estado liberal. Los grupos políticos del Parlamento Europeo adquieren mayor relevancia, y en ellos los parlamentarios gozan de mayor libertad de actuación, como ocurría en tal momento histórico con los grupos de notables. Tal carácter más libre y menos jerárquico del grupo se explica porque sólo con dificultades puede ser concebido como trasunto de partidos políticos que impongan por su naturaleza tal unidad y jerarquía. La fortaleza de los grupos políticos en la Unión Europea hace que éstos den origen a las federaciones de los partidos y no viceversa; la democratización del

50 V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 352.

51 I. DE OTTO, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 55.

52 J. CHOFRE, «El Parlamento Europeo y el déficit de partidos políticos: el protagonismo de los grupos políticos», *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 11.

poder impone la centralidad del partido, su necesaria proyección en el Parlamento se realiza mediante el grupo político.

Ahora bien, si el único cometido del Parlamento Europeo y consiguientemente de las incipientes federaciones de partidos transnacionales es el control o contrapeso del poder de la Unión, quedan al margen tareas propias de la democratización de aquél; si, en definitiva, «la movilización y expresión de la voluntad popular son canalizadas a través de los partidos nacionales»<sup>53</sup>, el espacio político sigue residiendo en el Estado. Y esto impondría una nueva comprensión de las relaciones entre la Unión Europea y los Estados miembros. Brillantemente expuestas por Azpitarte: a éste le atañería el ámbito de la política, que abarca la generación e integración del pluralismo social, a la Unión le tocaría integrar los mercados nacionales y a la par racionalizar el mercado interior resultante<sup>54</sup>. Pero este planteamiento, nos parece insuficiente<sup>55</sup>; y ello por una sencilla razón, que hemos expuesto anteriormente: el Estado constitucional no puede garantizar en las actuales condiciones el pluralismo social y político; no es ya que el *kratos* sea compartido entre el Estado y la Unión Europea, es que éste se orienta y define básicamente no en ámbitos estatales sino supranacionales como la Unión. La tarea de determinar democráticamente la Unión Europea parece de la mayor importancia.

En cualquier caso, es cierto, como reconoce el propio Chofre, que puede describirse la nueva realidad por estar compuesta por tres elementos: los grupos parlamentarios del Parlamento Europeo, las federaciones transnacionales europeas de partidos y los sistemas nacionales de partidos<sup>56</sup>. Y que tal forma de entenderla podría encontrar cabida en la doctrina del constitucionalismo multinivel, que permitió a Pernice tempranamente definir a la Unión Europea como Liga constitucional europea (*Verfassungsverbund*)<sup>57</sup>; para lo que, como bien se sabe, sitúa como elemento central

53 J. CHOFRE, *op. cit.*

54 M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «La autonomía del ordenamiento de la Unión y las "funciones esenciales" de su sistema jurisdiccional», *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 32, 2013, p. 232

55 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, «Integración europea, reducción del Estado: de las limitaciones de soberanía de los ejecutivos nacionales al principio cooperativo entre el estado constitucional y la unión europea», *cit.*

56 J. CHOFRE, *op. cit.*

57 El concepto Liga constitucional europea (*Verfassungsverbund*) acuñado por PERNICE pretende describir la situación político-constitucional actual del proceso de integración europea. Se ha alcanzado así tal desarrollo en la integración que las Constituciones de los Estados miembros y el Tratado de la Unión forman un sistema unitario en el que las tensiones e influencias recíprocas entre ambos cuerpos jurídicos son constantes, «Artikel 23» *Grundgesetz Kommentar* Herausgegeben von Hor-

del proceso europeo no el Estado, sino la Constitución. Tal forma de concebir el espacio público europeo, y sobre todo el vigente constitucionalismo, se opone a la que habíamos visto configurada por visiones exclusivamente estatistas de Kirchhof o Isensee. Pero el problema es el carácter taumatúrgico que el propio Pernice parece conferirle; y que las propuestas de mejora que él mismo plantea en tal Liga constitucional lo sean a los efectos de progresar en un orden constitucional ya existente. Tal concepción podría explicarse sólo a partir de una noción de Constitución exclusivamente material, a modo de fuente de las fuentes, reduccionista pues del sentido y valor de la Constitución y de los valores y principios que encarna.

La *liga constitucional europea* debe ser determinada partir de los principios clásicos del constitucionalismo<sup>58</sup>. Impulsar desde los más diversos foros la creación de un régimen electoral unificado, circunscripciones plurinacionales, listas electorales únicas, o programas políticos transversales deviene pues de la mayor importancia. Proveer por ejemplo parte de escaños a través de una circunscripción europea parece ser el requisito para lograr una conciencia política europea y partidos políticos europeos<sup>59</sup>.

Es cierto que las dificultades de decisión política del propio Consejo, y del aparato administrativo que se articula en torno a él, dejaron ya abiertos márgenes durante las últimas décadas para la acción del Tribunal de Justicia como motor de la integración europea. Estas incapacidades se han acentuado con motivo de la crisis. Si, a su vez, el tribunal mantiene una íntima conexión con los órganos judiciales internos a través de la cuestión prejudicial, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha adquirido valor de Derecho originario, las facilidades e incluso

mst Dreier. Band II Artikel 20-82, Mohr Siebeck, 1988, pp. 342 y ss. Asimismo, «Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung», P. HÄBERLE (Hrsg.), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, 2000, pp. 215 ss.

58 J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 35 y ss.

59 Así lo hacía notar RUIZ ROBLEDO ya en 1999, «La creación de un sistema electoral uniforme para el Parlamento», *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 8 Extraordinario, 1999, p. 314. En su opinión, los efectos serían trascendentes para la integración europea: «los electores y los partidos políticos se verían obligados a actuar en términos europeos, creándose así una base electoral propia del Parlamento Europeo (...) Esta posibilidad sería una auténtica mutación constitucional: el Consejo perdería su capacidad material para elegir al presidente, pues se vería obligado a designar al vencedor de las elecciones. A su vez, el presidente de la Comisión, con la legitimidad que le daría la elección popular, tendría la fuerza necesaria para imponer a los Gobiernos nacionales los Comisarios que estimase adecuados (...) formando un Ejecutivo comunitario», p. 316

oportunidades de sustituir el elemento político europeo por el jurídico y así por el decisionismo judicial son muy claras<sup>60</sup>.

Ciertamente, es innegable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha permitido desarrollar principios de la mayor importancia en el seno de la Unión, y en tal sentido, ha sido y es factor integrador de la mayor importancia. Pero el desarrollo jurídico de la Unión no puede sustituir al político; la democratización del poder en la Unión Europea no pasa pues ni exclusiva ni principalmente por el Tribunal de Justicia, sino por la necesidad de robustecer el foro público europeo comenzando especialmente por los partidos políticos europeos.

### **Resumen**

*La centralidad de los partidos políticos en el orden constitucional es evidente. La inserción del pluralismo merced a la democratización del poder parece que debe ser articulada principalmente por ellos. Por eso resulta decisivo conocer su realidad y saberlos colocar en el lugar que les corresponde; que bien puede venir definido por cuatro principios, libertad, igualdad, publicidad y democracia interna. Si tal tarea deviene esencial en todo momento, con mayor razón en los actuales en los que la desafección de la ciudadanía respecto de los partidos y por ende de la vigente democracia es más clara. Ahora bien, si ésta parece llamada a desplegarse en ámbitos que trascienden el Estado, el papel de los partidos políticos, de nuevo, en tales entornos, es esencial. Llamamos así la atención sobre la necesidad y las posibilidades de robustecer el papel de los partidos políticos en el ámbito de la Unión Europea como paso primero y absolutamente necesario para fomentar la creación de ese foro público europeo sobre el que asentar la necesaria democracia en la Unión Europea. En este sentido, es innegable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha permitido desarrollar principios de la mayor importancia en el seno de la Unión, y que ha sido y es factor integrador de la mayor importancia. Pero el desarrollo jurídico de la Unión no puede sustituir al político; la democratización del poder en la Unión Europea no pasa pues ni exclusiva ni principalmente por el Tribunal de Justicia, sino por la necesidad de robustecer el foro público europeo y los partidos políticos europeos.*

### **Palabras Claves**

*Partidos políticos, democracia, Unión Europea, foro público europeo.*

### **Summary**

*The centrality of political parties in the constitutional order is evident. The insertion of pluralism thanks to the democratization of power seems to be articulated mainly by them.*

60 Observa así RUBIO LLORENTE cómo los aparatos judiciales «de los Estados traban por encima de las fronteras lazos que incrementan su autonomía y acentúan el fraccionamiento de la unidad del poder estatal y su alienación respecto del pueblo», «El futuro político de Europa. El déficit democrático de la Unión Europea», *cit.*, p. 28.

*That is the reason why it is decisive to know their reality and to define their constitutional role; a role that may well be defined by four principles: freedom, equality, publicity and internal democracy. Such task is more essential now than at any other moment, because of the disaffection of the citizenship with respect to the parties and therefore of the current democracy. Nowadays, when the democratic principle goes beyond the state boundaries, the role of political parties is essential also in the supranational level. This paper try to highlight the need and possibilities to strengthen the role of political parties within the European Union as a first and necessary step to promote the creation of a European public forum as a basis of the necessary democracy in the Union European In this sense, it is undeniable that the Court of Justice of the European Union has developed fundamental principles and has become an integrating factor of the greatest importance. But the legal development of the Union cannot replace the political one. The democratization of the European Union does not pass either exclusively or mainly through the Court of Justice, but through the strengthening the European public forum and the European political parties.*

**Key Words**

*Political parties, democracy, European Union, European public forum.*

Recibido: 6 de diciembre de 2017  
Aceptado: 15 de diciembre de 2017

# LA LEY ELECTORAL BAJO LA LUPA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL\*

TOMMASO NICOLA POLI

*Doctor en Derecho*

## SUMARIO:

- I. La continua actualidad de la «cuestión electoral»
- II. La Corte constitucional como guardián de los principios de soberanía popular y de representación política
- III. Representatividad vs. Gobernabilidad: la ponderación entre intereses constitucionales
- IV. Los razonables límites de la distorsión de la representación política
- V. El intento de desnaturalizar la forma de Gobierno por vía electoral
- VI. Selección de las candidaturas: la reproducción, disfrazada, de los candidatos nominados
- VII. Conclusiones

## I. LA CONTINUA ACTUALIDAD DE LA «CUESTIÓN ELECTORAL»

La *vexata quaestio* del sistema electoral tiene un origen remoto<sup>1</sup>. La estación de las reformas electorales se inició con los referéndums de 1991 y 1993, pero el debate ar-

\* Traducido del italiano por Augusto Aguilar Calahorro.

1 El origen de la cuestión en el periodo republicano podría remontarse al debate sobre la aprobación de la Ley n.º 134 de 31 de marzo de 1953 (llamada «legge truffa»). Esta constituye el punto de partida de la lección inaugural del curso académico de la Universidad de Macerata de C. Lavagna («Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 849 ss.), y sostiene el blindaje constitucional implícito del principio proporcional sobre la base de la interpretación del texto constitucional, y la correlativa inconstitucionalidad de cualquier sistema electoral de tipo mayoritario ya sea un colegio único nacional o unos colegios uninominales o plurinominales. Sobre la validez actual de las enseñanzas de Carlo Lavagna se reenvía a las consideraciones de S. Labriola, «Il principio maggioritario e la Costituzione repubblicana nel pensiero di Carlo Lavagna. Una rilettura in termini di attualità», en F. Lanchester (Coord.), *Il pensiero giuridico di Carlo Lavagna*, Giuffrè, Milán, 1996, 415 ss., y más recientemente M. Croce, «Appunti in tema di Costituzione italiana e sistemi elettorali (rileggendo Carlo Lavagna)», *Rivista AIC*, n. 1, 2011. En sentido contrario G. Amato, «Il dilemma del principio maggioritario», *Quad. cost.*, n. 2, 1994, 179-183, que aunque alaba las tesis de Carlo La-

gumentativo, al menos institucionalmente, se remonta a 1983, con el establecimiento de la Comisión parlamentaria de reformas institucionales (Comisión Bozzi)<sup>2</sup>. Desde entonces las reformas electorales constituyen el objeto de un debate constante en un particular contexto caracterizado por una fuerte inestabilidad de gobierno y paradójicamente por una sustancial estabilidad política que evidenciaron por primera vez cómo se encuentran indisolublemente vinculados los sistemas electorales y las formas de gobierno, tanto que se pensó que se podrían solucionar las disfunciones de la democracia y de la forma de gobierno actuando sólo sobre la materia electoral, sin intervención alguna sobre los elementos institucionales a nivel constitucional<sup>3</sup>. La opción por un sistema electoral determinado se convierte así en el «termómetro» para medir

vagna, «rese minoritarie e sospette di propensioni antidemocratiche le contestazioni che la mettevano in dubbio», considera que una vez que las razones históricas que impulsieron la elección mediante el sistema proporcional han sido casi superadas a causa del *cleavage* que lo distinguía del periodo posterior a la Segunda Guerra mundial y la redacción de la Constitución, «il principio maggioritario non solo fosse utile ai fini dell'efficienza e della responsabilità di governo, ma non fosse neppure contrastante con i principi democratici». No obstante, este autor advirtió de la necesidad de que la adopción de un sistema mayoritario fuese acompañada por las oportunas garantías que excluyesen la atribución de un poder exclusivo y que promoviesen la recomposición de intereses y grupos que, de otra forma, permanecerían desarticulados.

2 Recientemente reconstruyen los intentos de reforma institucional, directa e indirectamente, sobre el funcionamiento de las formas de gobierno V. LIPPOLIS, «Le riforme istituzionali: trent'anni di sterili tentativi parlamentari e di modifiche della legislazione elettorale. Dall'articolo di Bettino Craxi su L'Avanti del 28 settembre 1979 al discorso programmatico di Matteo Renzi del 24 febbraio 2014», *Rass. parl.*, n. 1, 2014, p. 103 ss., y, más en general, sobre todas las reformas constitucionales y no sólo sobre los problemas de la forma de gobierno C. FUSARO, «Per una storia delle riforme costituzionali (1948-2015)», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2015, p. 431 ss.

3 E. BETTINELLI, «Elettorali (sistemi)», *Dig. disc. pubbl.*, V, UTET, Torino, 1990, p. 438, evidenciaba la relación unívoca entre los sistemas electorales y las formas de gobierno, subrayando cómo las funciones de cada sistema electoral divergen en cada una de las formas de gobierno y que una reforma electoral, que dé lugar a la sustitución del sistema mayoritario por el proporcional o viceversa, puede cambiar la forma de gobierno. Han indicado este nexo existente entre mecanismo de selección y representación política y la forma de gobierno S.M. Cicconetti, «Sistema elettorale e sistema dei partiti», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 992; C. De Fiore, «Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia», *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2007. Advierte A. Pizzorusso, «I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei deputati e per il Senato della Repubblica», M. Luciani, M. Volpi (Coords.), *Riforme elettorali*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 123 ss., que la reforma de sistemas electorales debería ser precedida cronológicamente y lógicamente por la modificación de la forma de gobierno, presentándose la primera «come un corollario o come un elemento importante di cambiamenti che avrebbero dovuto riguardare le regole istitutive della forma di governo».

la calidad democrática de un país, por un lado, como instrumento mediante el cual el pueblo participa indirectamente en el ejercicio de la soberanía, y por otro como mecanismo mediante el que se establecen los equilibrios interinstitucionales y las transformaciones de gobierno sin previa modificación de las disposiciones constitucionales<sup>4</sup>.

Lo delicado de la cuestión de la ley electoral se sigue advirtiendo, no obstante, con nitidez y no parece superarse. La ley electoral, definida como «ley constitucionalmente necesaria» en tanto que subsumible en el grupo de leyes «indispensables para asegurar el funcionamiento y la continuidad de los órganos constitucionales»<sup>5</sup>, ha sido recientemente modificada. La ley n.º 270 de 2005 (llamada «Porcellum») despertó en la opinión pública un interés inusitado provocando, en primer lugar, una propuesta de reforma de la propia vía referendaria y posteriormente el célebre pronunciamiento de la Corte Constitucional (sentencia n.º 1 del 2014) que, aunque puso de relieve los perfiles de constitucionalidad (o de inconstitucionalidad), superando la llamada «zona franca», provocó también una amplia polémica por parte de la doctrina. La atención sobre la reforma de la ley n.º 270 de 2005, es aún más relevante si tenemos en cuenta las repetidas invitaciones del ex presidente de la República, Giorgio Napolitano, a realizar correcciones al sistema establecido o incluso a la introducción de una nueva ley electoral. Esto explica por qué el Jefe de Estado, durante la XV legislatura, después de la renuncia del Primer Ministro Romano Prodi, trató de encontrar un amplio consenso para la formación de un gobierno «institucional», que tenía como objetivo dar al país un nuevo sistema electoral, también confiando un pre-nombramiento, luego revelado «fallido», al entonces presidente del Senado, Franco Marini. En el mismo cauce se sitúan los intentos de promover, durante las legislaturas XVI y XVII, siempre por parte del ex presidente de la República Giorgio Napolitano, un ejecutivo que, además del objetivo de resolver la emergencia derivada de la contingencia financiera internacional, afrontase la adopción de una nueva ley electoral. Objetivo asumido por el actual Jefe de Estado, Sergio Mattarella, quien en el mensaje al Parlamento el día de su proclamación, indicó como «prioritaria» la aprobación de una nueva ley electoral

4 Se trata de aspectos que envuelven, más en general, la forma de Estado y la forma de gobierno por lo que «non avrebbe senso parlare del rendimento di una legge elettorale e di sua riforma astraendosi dal contesto». En este sentido V. Lippolis, «La riforma elettorale», *Rivista AIC*, n. 3, 2013.

5 Corte cost., sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n. 6*); sent. 24 de enero de 2012, n.º 13 (*cons. in dir. n. 5.1*); sentencias 30 de enero de 2008, n.º 15 (*cons. in dir. n. 4*) y 16 (*cons. in dir. n. 4*); sent. 28 de enero 1999, n.º 13 (*cons. in dir. n. 4*); sentencia 10 de febrero de 1997, n.º 26 (*cons. in dir. n. 3*); sentencia 12 de enero de 1995, n.º 5 (*cons. in dir. n. 2.4*); sentencia 2 de febrero de 1991, n.º 47 (*cons. in dir. n. 3.3*); sentencia 3 de febrero de 1987, n.º 29 (*cons. in dir. n. 2*).

por parte del Parlamento<sup>6</sup>, así como, antes de éste, por el presidente de la Corte Constitucional, Franco Gallo, en el informe de jurisprudencia constitucional de 2012, en el que solicitó a la Cámara la modificación de la ley electoral<sup>7</sup>. El momento coyuntural, impuesto conjuntamente por la crisis económica y la crisis de representatividad del poder político y gobernabilidad del ejecutivo, ha causado justamente una nueva emergencia, por así decirlo, «democrática», que impone la formación de gobiernos (técnicos) de «gran» coalición que han tenido recientemente la tarea principal de introducir un nuevo sistema electoral<sup>8</sup>.

La incapacidad del Parlamento para aprobar una nueva ley o de corregir, al menos, los vicios de constitucionalidad de la ley n.º 270 de 2005, tras las advertencias de la Corte Constitucional (sent. n.º 15 y 16 de 2008 y n.º 13 de 2012), ha resultado en una presumible, pero inevitable, declaración de inconstitucionalidad, necesariamente parcial e interpretativa, que si bien ha dado lugar a una ristra de opiniones contradictorias<sup>9</sup>, constituye un punto de referencia imprescindible para la sucesiva (re)valorización de la constitucionalidad y/o inconstitucionalidad en la reciente decisión n.º 35 de 2017, por los jueces constitucionales de la ley n.º 52 de 2015, que disciplina las elecciones a la Cámara de Diputados (llamada «Italicum»). Así las cosas, incluso no queriendo (o no pudiendo, especialmente tras la etapa de los referéndums y de las reformas electorales) deducir de las disposiciones constitucionales un sistema unívoco (el mayoritario o el proporcional) sobre el sistema electoral para la designación de los miembros de las cámaras, tras las sentencias n.º 1 de 2014 y n.º 35 de 2017, el sistema electoral debe, con mayor razón, confrontarse con los principios y normas constitucionales.

## II. LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO GUARDIÁN DE LOS PRINCIPIOS DE SOBERANÍA POPULAR Y DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Las decisiones de la Corte Constitucional sobre el «Porcellum» y el «Italicum» constituyen, por diversos motivos, una nueva etapa en la justicia constitucional,

6 S. MATTARELLA, «Messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al Parlamento nel giorno del giuramento», [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

7 F. GALLO, «Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2012», [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 7.

8 L. VOLPE, M.D. POLI, «Rappresentanza politica e situazioni di eccezione: i governi di grossa coalizione», *Nomos*, n.º 3, 2012.

9 Para un análisis sistemático que distingue las posiciones doctrinales sobre la decisión n.º 1 de 2014 se reenvía a G. ZAGREBELSKY, «La sentenza n.º 1 del 2014 e i suoi commentatori», *Giur. cost.*, n.º 3, 2014, p. 2959 ss.

si bien se inscriben en otro proceso más amplio de jurisdiccionalización del Derecho. Desde hace tiempo, los jueces nacionales y supranacionales han asumido poco a poco un papel de suplencia de la actividad de las asambleas parlamentarias en la definición de un nuevo orden jurídico nacional y global<sup>10</sup>. Ahora, sin embargo, la intervención demoledora (o mejor, interpretativa) de la Corte Constitucional en materia de elecciones representativas y, precisamente, sobre el mecanismo de conversión de los votos en escaños, constituye el índice sistemático de la crisis de los partidos políticos y de la incapacidad del sistema político para auto regularse, determinando reglas jurídicas idóneas para el funcionamiento democrático de las asambleas representativas y, de forma general, para desarrollar una función de intermediación con la compleja sociedad civil<sup>11</sup>. La Corte constitucional, tras una serie de intervenciones de carácter monitorio, a instancias de un armonioso diálogo a través del control de constitucionalidad, supera las renuencias de las precedentes decisiones y reivindica un papel protagonista o, si se quiere, de «guardián» de los principios de soberanía popular y representación política, reinterpretando una materia, la electoral, que, aunque no pueda ser definida como «formalmente» constitucional, lo es «materialmente»<sup>12</sup>. Si hasta ahora, la Corte constitucional había intervenido para supervisar las disposiciones constitucionales en garantía de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones económicas y sociales, con las decisiones n.º 1 de 2014 y n.º 35 de 2017 se imputa a sí misma la obligación de salvaguardar el equilibrio constitucional no sólo entre los vértices institucionales, las relaciones entre poderes estatales<sup>13</sup>, sino también con la socie-

10 Sobre el papel de los jueces en la definición de un nuevo orden jurídico global y su relación con las Cortes nacionales y supranacionales se reenvía a S. Cassese, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bolonia, 2010, p. 121 ss.

11 Se expresa en términos generales y particulares sobre la crisis de la política y sobre la intervención sustitutoria de la jurisdicción S. Staiano, «Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli», *Federalismi.it*, n.º 11, 2013. En referencia a la dificultad de las Cámaras para adoptar una ley electoral legítima G. AZZARITI, «La riforma elettorale», *Rivista AIC*, n.º 2, 2014.

12 C. DE FIORES, «La riforma della legge elettorale», *Costituzionalismo.it*, n.º 1, 2015, 1.

13 La referencia es de la Corte cost., sent. 15 de enero de 2013, n.º 1, definiendo el conflicto de atribuciones elevado por el Jefe de Estado contra la Procuraduría de la República de Palermo por la interceptación telefónica del entonces presidente de la República, Giorgio Napolitano, en el ámbito de la llamada «trattativa Stato-mafia». La decisión de la Corte constitucional ha tenido el mérito de precisar el papel y la responsabilidad del Jefe de Estado en el ordenamiento constitucional italiano. Para un análisis véase S. Giannello, «La sentenza della Corte costituzionale n.º 1/2013: l'occasione per ri-

dad civil mediante el funcionamiento de la democracia pluralista, configurada en la Constitución Italiana<sup>14</sup>.

La intervención de la Corte Constitucional, en ambas circunstancias, puede definirse como supletoria<sup>15</sup> en tanto que dictada «por la enésima derrota de la política»<sup>16</sup> y, en un sentido más delicado, por motivos de oportunidad político-constitucional, si se tiene en cuenta el objeto de la Ley<sup>17</sup>. Más aún: con la decisión n.º 1 de 2014 la Corte Constitucional –quizás para remediar la reiterada incapacidad de la política y la involución del sistema de partidos<sup>18</sup>– declara la inconstitucionalidad (necesariamente) parcial de la ley electoral, tras un control de tipo incidental, dando a luz a una nueva disciplina, considerada a su vez «una estacada útil para desbloquear una situación de "punto muerto" difícil de solucionar»<sup>19</sup>. La Corte Constitucional, amplía así el ámbito de su control a las leyes electorales que, por su esencia, constituían hasta el momento una de las llamadas «zonas francas» o «zonas de sombra» de la justicia constitucional, es decir, uno de los ámbitos en los que una norma legislativa

flettere sulla responsabilità e sul ruolo del presidente della Repubblica nell'ordinamento costituzionale italiano», *Rivista AIC*, n.º 3, 2013.

14 G. SILVESTRI, «Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2013», *www.cortecostituzionale.it*, 5.

15 Sobre la naturaleza supletoria de la decisión de la Corte Constitucional v. A. Ruggeri, *La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo «probabile» seguito*, *Consulta on line*, 09 dicembre 2013, 1 e 5.

16 Nota del Traductor: el autor utiliza una gran cantidad de citas literales tanto de doctrina como de jurisprudencia. Para dar fluidez a la lectura del artículo y hacerlo comprensible se ha decidido traducir aquellas que se encuentran en el texto principal, trasladando las expresiones literales en lengua original a las notas a pie de página. Por ejemplo, «(D)all'ennesima disfatta della politica»: E. Grosso, «Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di "supplenza" alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica», *Rivista AIC*, n.º 4, 2013.

17 En este sentido G. AZZARITI, «La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura», *Nomos*, n.º 3, 2013, 3, sostiene que el aspecto culturalmente más relevante de la sentencia sea el descubrimiento de la representación política.

18 En términos generales sobre el progresivo declive de la concepción política de la Constitución en favor de una concepción más estrechamente jurídica, confiada a la Corte Constitucional, véase M. FIORAVANTI, «La trasformazione costituzionale», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 1, 2015, p. 295 ss., que señala como los responsables de la crisis de funcionamiento de la Constitución a los partidos políticos, que parecen incapaces de desarrollar el rol de reconducción de las miles de particularidades sociales y económicas a la dimensión de la decisión política.

19 «Una scossa utile a sbloccare una situazione di "stallo", difficile da rimuovere»: A. CERRI, «Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Potsdam e la legge elettorale», *Nomos*, n.º 1, 2013, p. 4.

de rango primario, que establece una situación jurídica para sujetos que no tienen posibilidad de acceso a la justicia constitucional, difícilmente (y en algunos casos jamás) puede ser sometida al control de la Corte<sup>20</sup>. Se ha hecho notar, incluso citando la jurisprudencia precedente, que el objeto de la cuestión en vía incidental no podría coincidir con el objeto de la demanda de los recurrentes en el juicio *a quo*; se abriría así, a través de un disfraz, la vía del acceso directo a la Corte Constitucional mediante el planteamiento ante el juez ordinario de una «fictio litis»<sup>21</sup>, destinada exclusivamente al control de constitucionalidad de la ley en cuestión<sup>22</sup>. El «découpage» de la Corte, consistente en la distinción de la cuestión de constitucionalidad del objeto de la demanda de los recurrentes, no convence realmente, dado que el procedimiento del juez ordinario, tras reiniciar el proceso *a quo* después de la de-

20 M. MANETTI, «L'accesso alla giustizia costituzionale nei procedimenti elettorali», en A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (Dirs.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Giappichelli, Turín, 2000, p. 119 y ss.

21 Sobre la sustancial introducción, en vía pretoriana, de un recurso directo ante la Corte Constitucional: R. ROMBOLI, «La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?», *Foro it.*, 2013, I, p. 1836 y ss.; G.U. Rescigno, «Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale», *Giur. cost.*, n.º 1, 2014, 27 ss.

22 Contra la admisibilidad de la cuestión se reenvía a: ANZON DEMMIG, «Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)», *Nomos*, n.º 1, 2013, igualmente a P. CARNEVALE, *La Cassazione all'attacco della legge elettorale. Riflessioni a prima lettura alla luce di una recente ordinanza di rimessione della Suprema Corte*; E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria?* También, aunque compartiendo la exigencia de ampliar el área de tutela constitucional subraya los riesgos R. BIN, «"Zone franche" e legittimazione della Corte», *Giur. cost.*, n.º 1, 2014, p. 640 y ss.; A. ANZON DEMMIG, «Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte costituzionale», *ivi*, 37-38. También G. SERGES, «Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale», *Rivista AIC*, n.º 1, 2014, 6, a favor de la extensión del control de constitucionalidad, aunque advierte que una posición más neta por parte de la Corte en materia de tutela de derecho al voto podría desconjurar la existencia de la llamada *fictio litis*. S. STAIANO, «Per un nuovo sistema elettorale: la legge della Corte, la legge del Parlamento, la legge dei partiti», *Federalismi.it*, n.º 1, 2015, sostiene que la extensión del área de la justicia constitucional en materia electoral puede provocar, como ya ha sucedido tras la decisión de la Corte, el acceso en vía incidental frente a leyes electorales regionales, pero a la vez no excluye en el futuro que la Corte pueda circunscribir la excepcionalidad de la intervención de la decisión n.º 1 de 2014 con un vistoso *revertiment*.

claración de inconstitucionalidad, no podría más que estar en conformidad con la decisión de la Corte<sup>23</sup>.

Con razón se ha dicho, en un análisis completo de la decisión, que «los procedimientos deben servir para abrir la puerta a la sustancia constitucional; si, por ventura, la cierran, se pueden forzar»<sup>24</sup>. Las razones políticas de naturaleza sustantivas de la tutela del derecho al voto, «que se ha considerado esencial por su conexión con el interés del cuerpo social en su conjunto»<sup>25</sup> y que representa uno de los instrumentos (si no el único o el principal) de la democracia representativa y de la participación de los electores en el ejercicio de la soberanía prevalecen para los jueces constitucionales frente a los argumentos de naturaleza estrictamente formal, y devienen el elemento capaz de sobrepasar los límites previstos en materia electoral por el artículo 66 de la Constitución, para el acceso a la justicia constitucional y para superar el obstáculo de la naturaleza de la ley electoral que no permite la impugnación de sus actos aplicativos en vía ordinaria. Parecería que la admisibilidad de la cuestión planteada por el juez *a quo* surge, por su naturaleza, en razón del objeto de Derecho del cual se pretende su tutela, pues de otra forma, se sustraería al juez constitucional «en un ámbito estrechamente conectado con el principio democrático, en tanto que incide

23 La Corte constitucional descompone el juicio de mérito y el juicio constitucional para disipar dudas sobre la identidad del *petitum* sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Siguiendo el *iter* argumentativo del juez *a quo*, la Corte sostiene que «il *petitum* oggetto del giudizio principale è costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto azionato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, non risultando l'accertamento richiesto al giudice comune totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto». Sobre este punto v. P. CARNEVALE, «La Corte vince, ma non (sempre) convince», *Nomos*, n.º 3, 2013, p. 4 y ss. Y de hecho, tras el pronunciamiento de la Corte Constitucional, la Corte de Casación, con la sentencia 4 de abril de 2014 n.º 8878, ha admitido el recurso, declarando que los recurrentes no habían podido ejercer el derecho de voto en las elecciones a la Cámara de Diputados y el Senado de la República, desarrolladas tras la entrada en vigor de la ley n.º 270 de 2005, y hasta la fecha de publicación de la Sentencia de la Corte constitucional n.º 1 del 2014, según las modalidades previstas por la Constitución, de voto personal, igual, libre y directo.

24 «Le procedure devono servire ad aprire la strada alla sostanza costituzionale; se, per avventura, la chiudono, si possono forzare»: G. ZAGREBELSKY, «La sentenza n.º 1 del 2014 e i suoi commentatori», cit., pp. 2961-2962. Considera el procedimiento demasiado forzado también: A. D'ANDREA, «La "reforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento», *Giur. cost.*, n.º 1, 2014, p. 38.

25 «Che ha come connotato essenziale il collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme»: Corte Const., sent. de 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 2*).

sobre el derecho al voto». Literalmente, la Corte precisa que «(la) admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad presentada en el transcurso del procedimiento se deduce precisamente de su peculiaridad y relevancia constitucional, por un lado, por el derecho objeto de la cuestión; por el otro, por la ley que, ante la sospecha de inconstitucionalidad, hace que su alcance sea incierto»<sup>26</sup>. El derecho al voto, en la decisión, recibe una tutela máxima «en tanto que la propia incertidumbre sobre el alcance del derecho constituye una lesión jurídicamente relevante». Por eso «la exigencia de garantizar el principio de constitucionalidad hace imprescindible afirmar el control de esta Corte –que "debe cubrir en la medida más amplia posible el ordenamiento jurídico" (sentencia n.º 387 de 1996)– incluso sobre las leyes, como las relativas a la elección de la Cámara y el Senado, "que difícilmente podrían ser sometidas a ésta por otra vía" (sentencia n.º 384 de 1991 y n.º 226 de 1976)»<sup>27</sup>.

Para la Corte Constitucional el resultado del juicio de admisibilidad aparece por descontado. El peligro no es la sustracción de toda la materia electoral al control constitucional sino, más que nada, la tutela de un derecho, el derecho de voto<sup>28</sup>, condición necesaria para la existencia y la supervivencia de la democracia, e indirectamente la posi-

26 «En un ambito strettamente connesso con il principio democratico, in quanto incide sul diritto di voto». «(L)'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nel corso di tale giudizio si desume precisamente dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale, da un lato, del diritto oggetto di accertamento; dall'altro, della legge che, per il sospetto di illegittimità costituzionale, ne rende incerta la portata»: *Ibidem*.

27 «In quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante». «(L)'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa Corte –che "deve coprire nella misura più ampia possibile l'ordinamento giuridico" (sentenza n.º 387 de 1996)– anche sulle leggi, come quelle relative alle elezioni della Camera e del Senato, "che più difficilmente verrebbero per altra via ad essa sottoposte" (sentenza n.º 384 de 1991 y n.º 226 de 1976)». *Ibidem*.

28 Cfr. En estos términos F. DAL CANTO, «Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche», *ConfrontiCostituzionali.eu*, 16 de enero de 2014, quien afirma que la admisibilidad de la cuestión parece ser el «corolario» derivado del principio que obliga a garantizar la igualdad de voto. F. BILANCIA, «Ri-porcellum e giudicato costituzionale», *Costituzionalismo.it*, n.º 3, 2013, se expresa a favor de la relevancia de la cuestión en razón de la lesión del derecho de voto, definido como «il più fondamentali tra i diritti politici» (p. 2), cuyo ejercicio no se agota el día de las elecciones. Viceversa, M. BENVENUTI, «Zone franche che si chiudono e zone d'ombre che si aprono nella sent. n.º 1/2014 della Corte costituzionale», *Nomos*, n.º 3, 2013, pp. 8-11, evidencia en la sentencia n.º 1 de 2014 «una grammatica del discorso non sempre conseguente quanto, piuttosto, consequenziale» en cuya argumentación la tutela del derecho de voto parece a veces un «argomento sostantivo» y otras un «argomento (meramente) rafforzativo» respecto del argumento de la Corte de Casación.

bilidad de acceso de los particulares, en cualquier nivel, también al procedimiento ante el juez *a quo*, para la salvaguarda de situaciones jurídicas subjetivas ante la Corte Constitucional, y por ello, ante cualquier autoridad judicial<sup>29</sup>. De lo contrario –como sigue diciendo la sentencia– «se determinaría un punto débil intolerable para el ordenamiento constitucional considerado sistemáticamente». Si no fuese así toda una materia se sustraería al control de constitucionalidad con el riesgo de vaciar la tutela que la Constitución dispone para garantizar la integridad de la República, la conservación y ejercicio de la dirección político-constitucional, sacrificando –como precisa el auto de remisión de la Corte de Casación– «la expresión del derecho de voto –a través del cual se manifiestan la soberanía popular (art. 1.2 Const.) y la propia dignidad del ser humano– (que) constituyen objeto de un derecho inviolable (arts. 2, 48, 56 y 58 de la Const., art. 3.1 CEDH) y "permanente" de los ciudadanos, los cuales pueden ser llamados a ejercerlo en cualquier momento y deben poder hacerlo conforme a la Constitución»<sup>30</sup>.

29 G. AZZARITI, «Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza», *Nomos*, n.º 1, 2013, p. 1.

30 «Si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato». «L'espressione del diritto di voto –attraverso la quale si manifestano la sovranità popolare (art. 1.2 Cost.) e la stessa dignità dell'uomo– (che) costituisce oggetto di un diritto inviolabile (art. 2, 48, 56 e 58 Cost., art. 3.1 CEDU) e "permanente" dei cittadini, i quali possono essere chiamati ad esercitarlo in qualunque momento e devono poterlo esercitare in modo conforme a Costituzione»: Corte de Casación, Secc. I civil, 21 de marzo de 2013 n.º 12060. Se pronuncia a favor de la cuestión avanzada por la Corte de Casación F. LANCHESTER, «Non ci sono "zone franche" nello Stato di diritto costituzionale», *Nomos*, n.º 1, 2013, p. 5. En el mismo sentido G. REPETTO, «Il divieto di fictio litis come connotato dalla natura incidentale del giudizio di incostituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di Cassazione in tema di legge elettorale», *Rivista AIC*, n.º 3, 2013, p. 12. A consideraciones diversas llega la Corte constitucional en la sent. 15 de junio de 2015 n.º 110 que tiene por objeto el límite del 4%, previsto por la ley electoral del Parlamento europeo. En este caso la Corte Constitucional ha declarado inadmisibile la cuestión y no ha entrado a valorar las elecciones al Parlamento europeo, recayendo en la misma «zona franca» de la ley electoral para la Cámara de Diputados y el Senado de la República. Sin embargo, el control de los resultados electorales en las elecciones legislativas se sustrae al juez común y se atribuye en virtud del art. 66 Const. a las Cámaras de pertenencia de los electores, «le vicende elettorali relative all'elezione dei membri italiani del Parlamento europeo [...] possono essere sottoposte agli ordinari rimedi giurisdizionali, nel cui ambito può svolgersi ogni accertamento relativo alla tutela del diritto di voto e può essere sollevata incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme che lo disciplinano» (*cons. in dir. n.º 3.5*). Si bien –según la Corte– «(a)l di fuori di una determinata vicenda elettorale nella quale sia dedotta la violazione di uno specifico diritto di voto, non può essere ritenuta ammissibile un'azione con la quale venga richiesto l'accertamento in astratto del contenuto di tale diritto» (*cons. in dir. n.º 3.5*).

El resultado de este razonamiento se lleva hasta sus últimas consecuencias en el auto del Tribunal de Messina<sup>31</sup>, del Tribunal de Turín<sup>32</sup>, del Tribunal de Perugia<sup>33</sup>, del Tribunal de Trieste<sup>34</sup> y del Tribunal de Génova<sup>35</sup> que reenvían a la Corte Constitucional sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad sobre el «Italicum». En particular, con el auto del Tribunal de Messina, el juez *a quo* distingue entre las elecciones a la Cámara y las elecciones al Parlamento Europeo: La lesión del derecho de voto, constitucionalmente garantizado, por parte de una norma electoral por las Cámaras no tendría posibilidad de tutela alguna por su carácter de materia «franca», sustraída al control de constitucionalidad; en cambio, en relación a la disciplina legislativa en materia de elecciones al Parlamento Europeo se podría someter al control del juez ordinario tutelándose así el derecho al voto y, eventualmente, elevando una cuestión de constitucionalidad sobre las normas que las disciplinan<sup>36</sup>. Reconoce por tanto la admisibilidad de las demandas de los ciudadanos electores, para las elecciones al Parlamento nacional, «in astratto», es decir, prescindiendo de la aplicación concreta de la ley electoral<sup>37</sup>; es suficiente, según el auto de reenvío, que la ley electoral esté en vigor, aunque no sea aplicable, y un juez reputa que la misma lesiona el derecho al voto. Sin embargo, el resto de autos, planteados tras el plazo del 1 de julio de 2016, en el que la normativa del «Italicum» comienza a aplicarse, reconocen el interés de los demandantes de un pronunciamiento sobre las incertidumbres reales sobre su derecho de voto antes de las elecciones y, por tanto, antes de la concreta lesión de su derecho, teniendo en cuenta la circunstancia de que tras la convocatoria de elecciones no quedaría margen para garantizar una tutela efectiva para los electores. Junto a ello, la Corte Constitucional, en la Sentencia n.º 35 de 2017, reconoce la relevancia de la cuestión y la subsistencia de un interés jurídicamente relevante a actuar por parte de los demandantes para tutelar su derecho al sufragio activo, sólo alcanzable a través del juicio de constitucionalidad. Cita la decisión anterior n.º 1 de 2014 y especifica que «no revela la circunstancia de que las disposiciones de la ley tengan eficacia diferida [...] puesto que las normas electorales regulan el derecho de voto

31 Tribunal de Messina, Auto de 17 de febrero de 2016, n.º 69. Sobre este auto ver M. COSULICH, «Contra Italicum, ovvero dell'ordinanza del Tribunale di Messina del 17 febbraio 2016», *Osservatorio AIC*, n.º 1, 2016.

32 Tribunal de Turín, Auto 5 de julio 2016, n.º 163.

33 Tribunal de Perugia, Auto 6 de septiembre 2016, n.º 192.

34 Tribunal de Trieste, Auto 5 de octubre 2016, n.º 265.

35 Tribunal de Génova, Auto 16 de noviembre de 2016, n.º 268.

36 Tribunal de Messina, Auto 17 de febrero de 2016, n.º 69 (punto 3.3).

37 Ivi (punto 3.4).

y la incertidumbre se despliega sobre la eficacia de este último, con el corolario de potencialidad lesiva, actual, aunque destinada a manifestarse en el futuro, en coincidencia con su segura aplicabilidad»<sup>38</sup>.

### III. REPRESENTATIVIDAD VS. GOBERNABILIDAD: LA PONDERACIÓN ENTRE INTERESES CONSTITUCIONALES.

La Corte Constitucional, en la decisión n.º 1 de 2014, aclara que «no hay [...] un modelo de sistema electoral impuesto por la Carta Constitucional, en tanto que ésta deja a la discrecionalidad del legislador la elección del sistema que considere más idóneo y eficaz en consideración al contexto histórico. El sistema electoral, sin embargo, constituyendo expresión de la amplia discrecionalidad legislativa, no está exento de control, siendo siempre censurable mediante el control de constitucionalidad cuando resulta manifiestamente irrazonable»<sup>39</sup>. La opción por un sistema electoral, si bien contiene un margen más o menos amplio de discrecionalidad política, está estrechamente conectado con el principio democrático, constituyendo el medio de conjunción indispensable para la selección de los representantes por la sociedad civil. Por otro lado, la opción por una cierta fórmula de conversión de los votos en escaños entraña, de por sí, cuestiones cada vez más urgentes y problemáticas en esta época, y entre ellas, el intento de buscar legitimación plebiscitaria por los líderes de los partidos políticos y/o de las coaliciones políticas, o aquella de la progresiva degradación de la relación electoral: la primera sale a relucir para justificar una impronta identitaria de la línea de dirección política de los líderes en relación al grupo mayoritario<sup>40</sup>; la segunda, sin embargo, tiene relevancia también frente al peligro del llamado «voto di scambio» en razón de la conexión y de la dependencia

38 «(N)on rileva la circostanza che le disposizioni sulla legge siano ad efficacia differita [...] poiché le norme elettorali regolano il diritto di voto e l'incertezza riguarda la portata di quest'ultimo, con il corollario di potenzialità lesiva, già attuale, sebbene destinata a manifestarsi in futuro, in coincidenza con la sua sicura applicabilità»: Corte Const., Sent. de 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir. n.º 3.3*).

39 «Non c'è [...] un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale, in quanto quest'ultima lascia alla discrezionalità del legislatore la scelta del sistema che ritenga più idoneo ed efficace in considerazione del contesto storico. Il sistema elettorale, tuttavia, pur costituendo espressione dell'ampia discrezionalità legislativa, non è esente da controllo, essendo sempre censurabile in sede di giudizio di costituzionalità quando risulti manifestamente irragionevole»: Corte Const., Sent. de 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

40 G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

de los representantes con las élites empresariales y poderes de facto, o peor aún, con organizaciones criminales<sup>41</sup>. Todo aparece en forma de reformas electorales y constitucionales, incorporando instrumentos de ingeniería institucional<sup>42</sup> en detrimento de las reglas constitucionales que disciplinan las formas y límites del ejercicio de la soberanía del pueblo. El art. 1 de la Constitución Italiana establece el principio cardinal de la Constitución, un axioma constitucional y, al mismo tiempo, un principio guía para sondear la constitucionalidad de la fórmula para traducir las preferencias de los electores. Esta preferencia no se puede expresar en favor de la formación de gobiernos estables más allá de un cierto grado. Por tanto, en la decisión sobre el sistema electoral, por un lado, se persigue el objetivo de formar una adecuada mayoría parlamentaria, de garantizar la estabilidad del gobierno y de hacer más rápido el proceso de toma de decisiones; por otro lado, se percibe el interés de salvaguardar la igualdad del voto de los electores y la representatividad del Parlamento<sup>43</sup>.

La búsqueda de la gobernabilidad no parece un principio ideal en nombre del cual sacrificar a cualquier costo el principio de representatividad del pueblo en el Parlamento<sup>44</sup>. La formación de gobiernos de coalición en la experiencia alemana<sup>45</sup> y la falta de composición de ejecutivos monocolor, en presencia de sistemas mayoritarios uninominales, en la experiencia británica<sup>46</sup> son la demostración más clara. La ponde-

41 P. STANCATI, «Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione», *costituzionalismo.it*, n.º 1, 2015.

42 *Ex multis*: la previsión desproporcionada de premios de mayoría o de elevados umbrales electorales, la indicación en la papeleta electoral del jefe de la coalición, la extensión de colegios electorales, la existencia de listas bloqueadas, la posibilidad de pluricandidaturas, la reforma presidencialista de la forma de gobierno o la superioridad del Jefe de Gobierno sobre el resto de miembros del ejecutivo.

43 Sobre la tensión entre exigencia de eficiencia y representatividad de los sistemas electorales véase G.U. RESCIGNO, «Democrazia e principio maggioritario», *Quad. cost.*, 1994, p. 218 y ss.; A. Di GIOVINE, S. SICCARDI, «Rappresentatività e governabilità: il dilemma delle macchine che fanno parlare il popolo», *Riv. dir. cost.*, 1998, p. 114 y ss.; T.E. FROSINI, «Governare è meglio di rappresentare», *Rivista AIC*, n.º 1, 2012.

44 La decisión de la Corte Const., sent. de 13 de enero de 2014 n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*), de hecho precisa que «costituisce senz'altro un obiettivo legittimo» «la formazione di una adeguata maggioranza parlamentare, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale».

45 Sobre el sistema electoral alemán y sus implicaciones sobre la forma de gobierno se reenvía a P. Bondi, «Il sistema elettorale del Bundestag in Germania», en M. OLIVIERO, M. VOLPI, *Sistemi elettorali e democrazie*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 157 y ss.; M. VOLPI, «Sistema elettorale tedesco e riforma elettorale in Italia», *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1387 y ss.

46 Sobre el sistema electoral británico y sus implicaciones sobre la forma de gobierno se reenvía

ración entre los dos principios de gobernabilidad y de representatividad nos conduce a exigencias análogas a la ponderación entre derechos<sup>47</sup> y, por tanto, al juicio de proporcionalidad y razonabilidad, en el ámbito de control del ejercicio de discrecionalidad legislativa. La extensión del test de razonabilidad y proporcionalidad conlleva el problema de la tensión entre el principio de estabilidad del gobierno y la eficacia de la decisión, y el de la representatividad de las asambleas electas<sup>48</sup>. La Corte Constitucional precisa expresamente, en la Sentencia n.º 1 de 2014, que «en ámbito caracterizados por una amplia discrecionalidad legislativa [...] tal escrutinio requiere [...] verificar que la ponderación entre intereses constitucionales relevantes no se haya realizado a costa del sacrificio excesivo o la comprensión de uno de ellos de forma incompatible con el dictado constitucional»<sup>49</sup>. La previsión de mecanismos de distorsión de la representatividad de las asambleas electas provocaría, en lugar de una medida razonable, la desviación de la finalidad del sistema, la de fotografiar la composición de la sociedad y, por tanto, produciría «una divergencia excesiva entre la composición del órgano de representación política, que se encuentra en el centro del sistema de democracia representativa y de la forma de gobierno parlamentaria configurados en la Constitución,

a S. VILLAMENA, «Il sistema elettorale nel Regno Unito», en *Sistemi elettorali e democrazie*, cit., p. 193 y ss.

47 Sobre todo ello véase R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1992, y más recientemente, M. CARTABIA, «I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana», *www.cortecostituzionale.it*.

48 En otros términos la Corte Constitucional, sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*) precisa que «(i)l test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra le misure appropriate, prescriba quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

49 «In ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa [...] siffatto scrutinio impone [...] di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»: Corte const., sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*). Sobre este punto de la decisión: G. AZZARITI, «Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n.º 1 del 2014», *Costituzionalismo.it*, 20 de enero de 2014; A. PISANESCHI, «Giustizia elettorale e leggi elettorali: le ragioni di un controllo difficile», *Quad. cost.*, n.º 1, 2015, p. 145 y ss.

y la voluntad de los ciudadanos expresada a través del voto, que constituye el principal instrumento de manifestación de la soberanía popular, según el artículo 1.2 de la Constitución»<sup>50</sup>. Como fue precisado en el informe del Presidente Gaetano Silvestri sobre jurisprudencia constitucional de 2013, «el margen de elección del legislador es muy amplio, siempre que no altere irracionalmente la relación de proporcionalidad, y por tanto el equilibrio entre representación y gobernabilidad, realizable con una pluralidad de instrumentos, todos constitucionalmente compatibles, con la condición de que la una y la otra no sufran reducciones drásticas capaces de poner en peligro las condiciones mínimas del sistema democrático o de su funcionamiento. Se trata –en este y en todos los otros casos futuros– de un equilibrio dinámico, ya que la Constitución no se limita a preservar la esencia de la proyección representativa como una visión estática de mero reflejo de la proporción entre varios grupos políticos existentes en la sociedad civil, si no que se extiende para hacer eficaz y ejercible la dirección política del Gobierno y de la mayoría parlamentaria, verdadero motor del sistema, como emerge de los artículos 92 y ss. de la propia Constitución»<sup>51</sup>.

Por otra parte, de forma general, la cuestión del menor sacrificio de las exigencias de representatividad popular en nombre de la estabilidad de gobierno apela al otro momento político, el del ejercicio de la «representación» o, mejor dicho, de la «autoridad», mediante el cual se verifica la traducción de las instancias que se manifiestan en la comunidad estatal. Si las Cámaras representativas devienen en expresión prevalente de las minorías, o en la mejor hipótesis, de las inmensas minorías, el menor nivel de

50 «Una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost»: Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

51 «L'arco delle scelte del legislatore è molto ampio, a condizione che non venga irragionevolmente alterato il rapporto di proporzionalità, e quindi l'equilibrio tra rappresentanza e governabilità, realizzabile con plurimi strumenti, tutti costituzionalmente compatibili, a condizione che l'una o l'altra non subiscano riduzioni così drastiche da mettere in pericolo le condizioni minime di democraticità del sistema o della sua possibilità di funzionamento. Si tratta –in questo e in tutti gli altri casi prospettabili– di un equilibrio dinamico, giacché la Costituzione non si limita a preservare l'essenza della proiezione rappresentativa, in una visione statica di mero rispecchiamento delle proporzioni tra i vari gruppi politici esistenti nella società civile, ma è protesa a rendere efficace ed attuabile l'indirizzo politico del Governo e della maggioranza parlamentare, vero motore del sistema, come emerge dagli artt. 92 ss. della stessa Costituzione»: G. SILVESTRI, «Relazione sulla giustizia costituzionale nel 2013», *www.cortecostituzionale.it*, 6.

representatividad del cuerpo electoral alimenta la divergencia de los titulares del poder político con las exigencias provenientes de la sociedad civil y el debilitamiento del pluralismo político, que se manifiesta en la incapacidad más grave de los representantes para desarrollar la tarea principal del Derecho Constitucional: el de reconocer el pluralismo y alcanzar acuerdos a través de procedimientos y principios que sean funcionales a la resolución del conflicto social<sup>52</sup>. En otros términos, la reducción de la representatividad de la sociedad en favor de una parte única de la misma no favorece el papel mediador de la representación política a través de la dialéctica y la integración parlamentaria entre instancias y entidades diferentes y en conflicto entre ellas<sup>53</sup> y, a la vez, deteriora el perfeccionamiento de la función parlamentaria<sup>54</sup>. En sentido contrario, la producción de ejecutivos estables y eficientes, así como la homogeneidad de la clase política, sería la consecuencia de la exclusión de la representación y de la decisión

52 Según F. BALAGUER CALLEJÓN, «La crisi costituzionale in Europa», en S. MANGIAMELI (Coord.), *The european crisis. Interpretation and answers*, Giuffré, Milán, 2012, p. 9, son las dos condiciones necesarias para que pueda hablarse de Derecho constitucional. Sobre la necesidad de desarrollo constitucional para el reconocimiento del conflicto social y para su resolución se reenvía al mismo autor, *La proiezione della Costituzione sull'ordinamento giuridico*, trad. it. de A.M. NICO, Cacucci, Bari, 2012, p. 70 y ss.

53 Se expresa en términos de quiebra del principio del conflicto en la lógica democrática y su transformación en «aversión radical» al enemigo C. GALLI, «La legge elettorale, e oltre», *Costituzionalismo.it*, n.º 3, 2013, 5, 7. Véase: G. AZZARITI, «La riforma elettorale», cit., 12, que considera que tanto la ley n.º 270 del 2005 como el proyecto de reforma constitucional del Senado tienden a favorecer formas de degeneración de la política, reduciendo el conflicto político a una competición entre líderes en lugar de garantizar el pluralismo y la representación real de los intereses sociales y culturales. Es un problema ya advertido en el pasado por C. LAVAGNA, «Brevi annotazioni in tema di ingovernabilità», en *Scritti in onore di Egidio Tosato*, Vol. III, Giuffré, Milán, 1984, 232, el cual, prescindiendo del tema de la eventual teorización de la inadmisibilidad de fórmulas proporcionales correctas, subraya que la disminución del número de partidos representados en el Parlamento serviría bien poco, pues provocaría, por un lado, el reflujo de los exponentes de estas formaciones en los partidos mayores en detrimento de la homogeneidad interna de éstos últimos y, por otro lado, favorecería la formación y la acción de grupos extraparlamentarios, agravando la crisis de las instituciones democráticas.

54 Según A. D'ANDREA, «La riconsiderazione della funzione parlamentare quale strada obbligata per puntellare la traballante democrazia italiana», *Rivista AIC*, n.º 1, 2011, p. 6 y ss., se trata de uno de los dos presupuestos del llamado «minimo garantito» para la formación de un parlamento democrático que, también en razón de la búsqueda de legitimación popular del gobierno y no parlamentaria, mediante la utilización de la ley electoral, ha provocado una «pericolosa regressione o, se si preferisce, distorsione del ruolo costituzionale delle Camere in atto nell'ordinamento italiano da circa una decina di anni» (p. 12).

política de una parte de los electores<sup>55</sup> con la relativa violación del art. 49 Const., que no tendría sentido si todos los componentes de la sociedad no pudiesen participar en las asambleas legislativas, que constituyen las únicas sedes legítimas de representación de la política nacional<sup>56</sup>.

La sensible brecha entre los distintos componentes sociales, provocada también por la crisis económica, impone por tanto en el ejercicio de la discrecionalidad política también la preferencia por mecanismos de traducción de los votos en escaños que oportunamente permitan reflejar el conflicto social y componerlo o, por lo menos, mitigarlo<sup>57</sup>, si no reconducirlo hacia la unidad<sup>58</sup>. La formación de mayorías parlamentarias heterogéneas no debería constituir un mal en sí mismo en la evolución de la forma de gobierno sino, más bien, una fase pasajera para reconducir el funcionamiento de esta a la regla de la alternancia mediante la recomposición del conflicto social en las formas y con los límites establecidos en la Constitución. La razón de la tutela de derechos políticos se convierte, por tanto, en presencia de las distintas urgencias democráticas y económicas, en decisiva para la sostenibilidad de una sociedad pluralista y cohesionada que incluya los diversos ánimos de la colectividad y que pueda definirse como democrática por excelencia<sup>59</sup>. Con la finalidad de preservar las conquistas del constitucionalismo del siglo XIX, las modalidades del ejercicio de la soberanía deben

55 A. ALGOSTINO, «La legge elettorale del neoliberalismo», *Dem. dir.*, n.º 1, 2014, p. 82 y ss.

56 Así se expresaba G.U. RESCIGNO, «A proposito di prima e seconda repubblica», *St. parl. e di pol. cost.*, n.º 1, 1994, p. 21 y s.

57 A. D'ANDREA, «La funzione parlamentare», *Rivista AIC*, n.º 2, 2012, 4. Cfr., además de la aportación de estudiosos politólogos A. LIJPHART, «Le democrazie contemporanee», il Mulino, Bolonia, 2001, p. 53, que indica, en una sociedad profundamente dividida, la propia preferencia por un modelo democrático consensuado, que tiene el mérito de incluir en lugar de excluir y de alargar la dimensión de la mayoría de gobierno, en lugar de contentarse con una estrecha mayoría.

58 Se redescubre por su relevante actualidad la enseñanza de R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, tr. it. de F. FIORE y J. LUTHER, Giuffrè, Milán, 1988, cuya tesis central, retomada en el constitucionalismo democrático y social en la segunda mitad del siglo XX tenía por objeto la implicación de todas las fuerzas sociales en el Estado mediante la superación de la separación entre Estado y sociedad. La llamada doctrina smendiana de la integración de la Constitución se dirigía a la reducción de las numerosas escisiones, presentes en la sociedad, con el fin de su reconducción a un esquema unitario.

59 Cfr. F. LANCHESTER, «Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n.º 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n.º 270 del 2005», *Giur. cost.*, n.º 1, 2014, p. 677, quien reitera que las implicaciones de la sentencia n.º 1 de 2014 sobre la necesidad de uniformar el sistema electoral no se refieren sólo al funcionamiento de la forma de gobierno sino también a la forma de Estado democrático pluralista.

sujetarse a la Constitución: los derechos constitucionales deben continuar siendo, conjuntamente, límites a la democracia y condiciones de desarrollo y de existencia de la propia democracia. En el ámbito de la defensa de los derechos y de la reconciliación de los distintos principios constitucionales los objetivos «de estabilidad del gobierno del país y la eficiencia de los procesos decisorios en el ámbito parlamentario» no constituyen una prioridad en absoluto, pero deberían respetar «los demás intereses y valores constitucionalmente protegidos» y, en particular, «los artículos 1.3, 48.2 y 67 de la Constitución»<sup>60</sup>.

#### IV. LOS RAZONABLES LÍMITES DE LA DISTORSIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La creciente y difusa insatisfacción provocada por el sistema proporcional, señalado como «la causa o la concausa de la ingobernabilidad a todos los niveles de gobierno»<sup>61</sup>, ha conducido a una «estación» de reformas electorales. La realización de las exigencias de estabilidad y eficiencia del ejecutivo ha favorecido la introducción de la fórmula proporcional con premio de mayoría, que constituye ahora la característica constante de todos los sistemas electorales en vigor en Italia, exceptuando el sistema vigente para la elección de los representantes italianos al Parlamento Europeo. El «Porcellum» y el «Italicum» suponen la continuidad del sistema introducido para las elecciones de los Consejos provinciales y municipales con la ley n.º 81 del 1993 y de los Consejos regionales con la ley n.º 43 del 1995 y en cierto sentido con la Ley Acerbo de 1923, con la «legge truffa» de 1953, todas ellas unidas por la previsión del

60 «Della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare», «gli altri interessi e valori costituzionalmente protetti», «gli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.»: Corte Const., Sent. 13 enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

61 «Lla causa o almeno la concausa dell'ingovernabilità a tutti i livelli di governo»: F. GABRIELE, voz *Elezioni V) Elezioni regionali*, en *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XII, Roma, 1988, p. 21. A partir de los años sesenta se desarrolla, de hecho, una literatura antiproporcional y antipartitocrática que propugna una idea de ejecutivo fuerte, sostenido sobre mayorías políticas cohesionadas, capaz de perdurar durante toda la legislatura y permitir el cumplimiento del programa político. Entre los que sostienen esta idea en la doctrina se reenvía por todos a C. MORTATI, «Art. 1», en G. BRANCA (Coord.), *Commentario della Costituzione (artt. 1-12)*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 1-50, que afirma que el sistema de voto proporcional frustra la completa realización del principio democrático y su corolario, el principio de la mayoría. Este último principio «facilita la formazione della volontà destinata a valere quale generale, rende possibile la tempestiva sua adeguazione a mutamenti delle esigenze obiettive, ed ai modi di reazione ad esse dell'opinione pubblica» (p. 30).

premio de mayoría<sup>62</sup>. Sin embargo, entre todas ellas la carencia de un umbral mínimo para conseguir el premio de mayoría, prevista en el «Porcellum», y la asignación del premio a la lista vencedora en la eventual segunda ronda de votación, disciplinada en el «Italicum», constituyen una verdadera anomalía al suponer, a diferencia de la «legge truffa», no tanto un premio a la mayoría, sino más bien un premio «para la mayoría»<sup>63</sup>, es decir, a una mayoría cual sea, prescindiendo de que sea una mayoría absoluta o una mayoría relativa. Se trata de una singularidad advertida por la Corte Constitucional que, en la sentencia n.º 1 de 2014, ha declarado la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley n.º 270 de 2005 en las que no se prevé un umbral mínimo de votos a la lista (o a la coalición de listas) de mayoría relativa dado que no se limita «a introducir un corrector al sistema de transformación de votos en escaños [...] en vista

62 Sobre las diferencias y las analogías del premio de mayoría, previsto por el *Porcellum* y el *Italicum*, en el panorama comparado y en la experiencia italiana véase M. VOLPI, «Italicum: un sistema anómalo e antidemocrático», *Costituzionalismo.it*, n.º 1, 2015, pp. 8-11. En particular sobre la característica de la «legge truffa» asentada en el *Italicum* V. Tondi della Mura, «La fiducia e l'Italicum: dal "primato della politica" al "primato dei meccanismi elettorali"», *Osservatorio AIC*, n.º 2, 2015.

63 T.E. FROSINI, «Nuova legge elettorale e vecchio sistema politico?», *Rass. parl.*, n.º 1, 2006, p. 64, quien sostiene en referencia a la Ley de 1953 que el epíteto de trampa era ingenioso si se confronta con el sistema definido en el *Porcellum* dado que el premio se atribuía a quien ya había conseguido la mayoría y no para alcanzarla. Las propuestas de atribución de un premio de mayoría han sido distinguidas en B. CARAVITA, M. LUCIANI, «Oltre la democrazia bloccata: ipotesi sui meccanismi elettorali», *Dem. dir.*, n.º 6, 1982, p. 103, entre aquellas inspiradas en la ley trampa, que atribuye un premio a la lista o coalición mayoritaria, y aquellas que atribuyen un premio de mayoría sólo en relación a los votos obtenidos. C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, cit., p. 873, establece límites precisos a las correcciones de la fórmula proporcional mediante la previsión de un premio de mayoría. El premio de mayoría, de hecho, violaría las previsiones de tutela de las minorías donde estuviese en grado de «attribuire ad unico complesso politico (ancorché formato per apparentamenti) un numero di seggi tale da assicurarli, in ogni caso, i quorum volta a volta richiesti dalla Carta». Aunque distante de la tesis de Carlo Lavagna llega a conclusiones parecidas M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma, 1991, pp. 36-37, según el cual «(l)a mancata costituzionalizzazione della scelta proporzionalistica non comporta che qualunque allontanamento dalla perfetta proporzionalità e qualunque sistema maggioritario si possano considerare in armonia con la Costituzione. I limiti vanno tuttavia ricercati soprattutto in norme costituzionali diverse da quelle di cui agli artt. 3, co. 2, e 48 Cost. (che appunto fissano rispettivamente i principi di eguaglianza sostanziale e eguaglianza del voto). Ad esempio, si dovrebbe ritenere illegittima quella legge elettorale che prevedesse un premio di maggioranza tale da attribuire alla lista vincente un numero di seggi pari ai due terzi dell'Assemblea: in questo modo si vanificherebbero le previsioni di maggioranze qualificate che la Costituzione prevede in non poche occasioni, in genere a garanzia dei diritti e degli interessi delle minoranze».

del legítimo objetivo de favorecer la formación de mayorías parlamentarias estables, y por tanto, de gobiernos estables, sino que arruina la ratio de la fórmula electoral elegida por el propio legislador en 2005, que es la de asegurar la representatividad de la asamblea parlamentaria<sup>64</sup> y «asignan automáticamente (a una mayoría relativa de votos) un número muy elevado de escaños, capaz de transformar, hipotéticamente, una formación que ha conseguido un porcentaje muy reducido de sufragios en la que alcance la mayoría absoluta de componentes de la asamblea»<sup>65</sup>, provocando «una ilimitada comprensión de la representatividad de la asamblea parlamentaria»<sup>66</sup> y, aún más, suscitando la duda de que los redactores de la reforma electoral estuviesen convencidos de que la «maior pars», sea absoluta o relativa, sea necesariamente la «melior pars»<sup>67</sup>. A su vez, en el «Italicum» los vicios del «Porcellum» parecen simplemente enmascarados: la fijación en el primer turno de votación del umbral mínimo del 40%, difícilmente alcanzable en el actual sistema político italiano, y sobre todo la previsión de la necesaria segunda vuelta, transforman coactivamente la mayoría más votada, por efecto del premio de mayoría y por la limitación de los candidatos de la segunda vuelta, en mayoría absoluta de escaños sin previsión, por lo menos, de un mínimo quórum estructural<sup>68</sup>.

No obstante, la Corte Constitucional en la decisión n.º 1 de 2014 no ha excluido, de por sí, la constitucionalidad de un premio también «para la mayoría» (y por tanto no sólo a una mayoría ya definida por el resultado de las elecciones), considerando la finalidad de «facilitar la formación de una adecuada mayoría, con la finalidad de ga-

64 «Ad introdurre un correttivo al sistema di trasformazione dei voti in seggi [...] in vista del legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari e quindi di stabili governi, ma rovesciano la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005, che è quella di assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare» Corte const., sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

65 «Assegnano automaticamente (ad una maggioranza relativa dei voti) un numero anche molto elevato di seggi, tale da trasformare, in ipotesi, una formazione che ha conseguito una percentuale pur molto ridotta di suffragi in quella che raggiunge la maggioranza assoluta dei componenti dell'assemblea». *Ibidem*.

66 «Una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare»: *Ibidem*.

67 Sobre la historia del principio de mayoría en política y en economía y de su principio antagonista, la ley de la razón (la llamada *sanior* o *valentior pars*), véase F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*, il Mulino, Bolonia, 2007.

68 V. TONDI DELLA MURA, «Del Porcellum 'camuffato», *ConfrontiCostituzionali.eu*, 12 de mayo de 2015, que eficazmente revela que «le modifiche introdotte dall'*Italicum* sui meccanismi elettorali del *Porcellum* sono state gattopardesche. Esse hanno consentito di cambiare tutto per lasciare tutto com'è; anzi, per introdurre ulteriori peggioramenti».

rantizar la estabilidad del gobierno del país y de hacer más rápido el proceso decisorio», «un objetivo constitucionalmente legítimo»<sup>69</sup>; sin embargo no se ha aventurado peligrosamente (y aditivamente) en el campo de la discrecionalidad política, indicando un umbral razonable<sup>70</sup>. En otros términos, la Corte constitucional no ha considerado, en el texto de la Constitución, una elección por una determinada fórmula proporcional que no pueda ser retocada por correcciones mayoritarias<sup>71</sup>, quizás consciente del riesgo de irracionalidad y de distorsión bajo el perfil de la gobernabilidad de una fórmula proporcional pura, que podría atribuir un excesivo poder de veto sobre la vida y decisiones de los ejecutivos por parte de partidos muy pequeños<sup>72</sup>. Por ello ha precisado que «el mecanismo de atribución del premio de mayoría configurado en la norma anulada, inserida en el sistema proporcional introducido con la Ley n.º 270 del 2005, en tanto que, combinado con la ausencia de un umbral razonable de votos mínimos para competir en la asignación del premio, es suficiente para determinar una alteración del circuito democrático definido por la Constitución, basado sobre el principio fundamental de igualdad de voto (art. 48.2 Const.)»<sup>73</sup>. Así, la Corte Constitucional acoge el principio de igualdad de voto «in uscita»<sup>74</sup> —a través de la jurisprudencia del

69 «Agevolare la formazione di una adeguata maggioranza, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale», «un obiettivo costituzionalmente legittimo»: Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014 n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

70 M. COSULICH, «Sulla possibile estensione della recente giurisprudenza costituzionale (sent. n.º 1 del 2014) alle legislazioni elettorali regionali. Vita e destino dei tre porcellini, post "porcellum"», *Le Reg.*, n.º 3, 2014, p. 483.

71 C. LAVAGNA, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, cit.

72 Tal tesis ha sido propuesta por N. ZANON, «Fare la legge elettorale "sous l'oeil des russes"», *Rivista AIC*, n.º 2, 2014, p. 3, según el cual la Corte constitucional habría debido analizar la cuestión partidista de forma concreta, determinando que se trata de una reconstrucción muy audaz.

73 «(I)l meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza prefigurato nelle norme censurate, inserite nel sistema proporzionale introdotto con la legge n.º 270 del 2005, in quanto combinato con l'assenza di una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio, è pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.):»: Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

74 La decisión de la Corte constitucional parece expresar un cierto *revirement* respecto a la doctrina jurisprudencial más destacada. Si desde la Sent. 11 de julio de 1961, n.º 43 (*cons. in dir. n.º 2*), la Corte constitucional ha establecido, en virtud del 48 Const., que el principio de igualdad de voto comporta la prohibición del voto plural y multiple pero que no se extiende al resultado concreto de la manifestación de la voluntad del elector, «(r)isultato che dipende, invece, esclusivamente dal sistema che il legislatore ordinario, non avendo la Costituzione disposto al riguardo, ha adottato per le elezioni politiche e amministrative, in

*Bundesverfassungsgericht*<sup>75</sup>— puntualizando que éste principio «assume matices distintos en función del sistema electoral seleccionado»<sup>76</sup> y que según las circunstancias «cuando

relazione alle mutevoli esigenze che si ricollegano alle consultazioni popolari». Tal doctrina ha sido modificada por la Corte Constitucional en la Sent. 12 de septiembre de 1995 n.º 429 (*cons. in dir. n.º 2*) y 4 de abril de 1996 n.º 107 (*cons. in dir. n.º 2.1*) y en el auto de 20 de mayo de 1996 n.º 160 (*cons. in dir. n.º 2*), en la que se examinaba la ley electoral de los Consejos municipales con más de 15.000 habitantes, estableciendo que «l'Assemblea costituente, pur manifestando, con l'approvazione di un ordine del giorno, il favore per il sistema proporzionale nell'elezione dei membri della Camera dei deputati, non intese irrigidire questa materia sul piano normativo costituzionalizzando una scelta proporzionalista o disponendo formalmente in ordine ai sistemi elettorali, la configurazione dei quali resta affidata alla legge ordinaria». En doctrina, a favor del principio de igualdad de voto no sólo «en entrada» sino también «de salida» se reenvía a la posición de C. Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, cit., p. 872, según el cual, en virtud de la suma de los arts. 3.2 y 48 Const., el principio de igualdad sustancial de los votos debería atribuir a cada elector, abstractamente considerado, un mismo *coefficiente individual*, capaz de rendir idéntico valor a todos los votos. LA. subraya que incluso no pudiendo garantizarse rigurosamente la identidad del valor, existen límites precisos más allá de los cuales la identidad del valor se lesiona gravemente; debiéndose relacionar la identidad del valor con el principio de la articulación de la representación del cuerpo electoral en grupos homogéneos de candidatos, la realización de la exigencia de identidad de los votos puede ser realizada únicamente con un sistema electoral puro. En el mismo sentido se expresa G.U. Rescigno, «Democrazia e principio maggioritario», *Quad. cost.*, n.º 2, 1994, p. 221, quien sostiene que «i sistemi elettorali maggioritari diminuiscono il tasso di democrazia anche perché ledono gravemente il principio un uomo un voto. È vero che in entrata (nel momento della votazione e del conteggio dei voti) la regola non viene toccata. Però in uscita, nel momento in cui il voto si trasforma in seggi nei sistemi maggioritari il voto non è più uguale» y deduce en otro escrito, «A proposito di prima e seconda repubblica», cit., pp. 21-22, que, si bien la Constitución se desinteresa de la disciplina específica de la ley electoral, se inspira en el llamado «proporcionalismo». En contrario se expresa a favor del principio de igualdad de sufragio sólo «en entrada» M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, cit., p. 36, sosteniendo que «Il principio di eguaglianza del voto, insomma, richiede che ciascun voto abbia pari peso nel momento in cui si determinano gli *inputs* elettorali, non invece nel momento in cui se ne producono *outputs*». En rigor el *Porcellum* y, en menor grado por el efecto de la eventual votación en segunda ronda, el *Italicum* suponen también un problema de igualdad de voto «in partenza» en cuanto que el umbral de votos para el acceso a la representación, junto al umbral requerido para el premio de mayoría, inciden sobre la expresión misma del voto, alejando al elector de la elección que podría revelarse inútil.

75 Cfr. Para un análisis comparado de la jurisprudencia italiana y alemana sobre constitucionalidad de la legislación electoral G. DELLEDONNE, «Corti costituzionali e legislazione elettorale: una comparazione italo-tedesca», *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.º 4, 2014, p. 1031 y ss.; A. D'ALLOIA, «Dai voti ai seggi. Limiti costituzionali alla distorsione della rappresentanza elettorale», *Rass. parl.*, n.º 4, 2014, p. 813 y ss.

76 «Assume sfumature diverse in funzione del sistema elettorale prescelto»: Corte const., sent. 13 de enero de 2014 n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

el legislador adopta un sistema proporcional, también sólo en modo parcial, se genera en el elector la legítima expectativa de que no se cree un desequilibrio sobre los efectos del voto»<sup>77</sup>. Sobre la motivación de la sentencia, la Corte Constitucional en la decisión sucesiva n.º 35 del 2017 sobre el «Italicum» y el umbral del 40% para obtener el premio de mayoría, ha afirmado que «no parece en sí mismo manifestamente irrazonable, ya que tiene como objetivo ponderar los principios constitucionales de la necesaria representatividad de la Cámara de Diputados y de la igualdad de voto, por un lado, con los objetivos, también de relevancia constitucional, de estabilidad del gobierno del país y la rapidez del proceso decisorio, por el otro»<sup>78</sup>. Razonar de otro modo –continúa la Corte– significaría declarar la constitucionalidad sólo de un premio de mayoría condicionado a la consecución de un umbral del 50% de los votos o escaños, limitando sobre manera la discrecionalidad del legislador.

El mecanismo del premio, previsto primero en el «Porcellum» y, después en la votación en segunda vuelta del «Italicum», es, por usar las palabras de la Corte Constitucional, «causa de una excesiva sobrerrepresentación de la lista con mayoría relativa, en la medida en que permite a una lista que obtenga un número de votos relativamente exiguo adquirir la mayoría absoluta de escaños», produciendo «una distorsión entre los votos expresados y la atribución de escaños que, incluso estando presente en todo sistema electoral, asume una relevancia capaz de comprometer la compatibilidad con el principio de igualdad de voto»<sup>79</sup>. Es así como el premio de

77 «Qualora il legislatore adotti un sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto»: *Ibidem*. Sin embargo F. GABRIELE, «Molto rumore per nulla? La "zone franca" elettorale colpita ma non affondata (anzi...). Riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n.º 1 del 2014», *Consulta on line*, 24 de julio de 2014, pp. 6-7, observa que, si bien la Corte «si riferisca [...] alla irragionevolezza del premio quando la legge sia proporzionale, e ne alteri e contraddica, per così dire, l'ispirazione di fondo e l'impianto», «il suo ragionamento possa, o debba estendersi anche ai sistemi maggioritari, e, in realtà, a tutti i sistemi che comportino, o possano comportare *ex ante* quel pericolo, e quel risultato irragionevole, discorsivo ecc.».

78 «Non appare in sé manifestamente irragionevole, poiché volta a bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro»: Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir. n.º 6*).

79 «Forier(i) di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa, in quanto consent(ono) ad una lista che abbia ottenuto un numero di voti anche relativamente esiguo di acquisire la maggioranza assoluta di seggi», produciendo «una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assum(ono) una misura tale da compromettere la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto»: Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

mayoría del «Porcellum», y la segunda vuelta del «Italicum» «no respeta el vínculo de menor sacrificio posible de los demás intereses y valores constitucionales protegidos»<sup>80</sup> y la disciplina «no es proporcional respecto del objetivo perseguido, puesto que determina una comprensión de la función representativa de la asamblea, así como de la igualdad del derecho de voto, excesiva y capaz de producir una alteración profunda de la composición de la representación democrática, sobre la que se funda la entera arquitectura del ordenamiento constitucional vigente»<sup>81</sup>.

Es cierto que en el «Italicum» el umbral para acceder al premio de mayoría en la segunda vuelta se eleva al 50% pero ello ocurre sólo para acceder a la competición limitada de las dos listas más votadas en primera vuelta. A la segunda vuelta, podría acceder también una lista que haya conseguido en primera ronda un consenso exiguo y obtener el premio, duplicando los escaños que hubiese obtenido en primer término; así la reducción de la competición política entre las dos listas, que han recibido el máximo número de votos, pero sin alcanzar el umbral del 40% en primera votación, permite la segura atribución del premio de mayoría. Como ha puntualizado la decisión «no es el desempate en segunda vuelta entre listas, en sí mismo considerado de forma abstracta, lo que resulta inconstitucional»<sup>82</sup>; si no las modalidades concretas a través de las que se atribuye el premio de mayoría al finalizar la segunda vuelta las que pueden determinar un efecto distorsionador análogo a aquel que la Corte había determinado en la Sentencia n.º 1 de 2014, provocando «un desproporcionado sacrificio de los principios constitucionales de representatividad y de igualdad de voto, transformando artificialmente una lista de consenso limitado, y en este caso también exiguo, en mayoría absoluta»<sup>83</sup>.

Cualquier premio «per la maggioranza» que no establezca un umbral mínimo de votos, determinando una discriminación de cada voto irrazonable y desproporcio-

80 «Non rispetta il vincolo di minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionali protetti»: *Ibidem*.

81 «Non è proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente»: *Ibidem*. Cfr. Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir. n.º 9.2*).

82 «Non è il turno di ballottaggio fra liste in sé, in astratto considerato, a risultare costituzionalmente illegittimo»: *Ibidem*.

83 «Uno sproporzionato sacrificio dei principi costituzionali di rappresentatività e di uguaglianza del voto, trasformando artificialmente una lista che vanta un consenso limitato, ed in ipotesi anche esiguo, in maggioranza assoluta»: *Ibidem*.

nada, debería considerarse ilegítimo, en cualquier nivel institucional, por violación del principio de igualdad previsto por los arts. 3 y 48 de la Const. La violación de estas disposiciones constitucionales en caso de introducción de mecanismos de distorsión reverbera en las asambleas nacionales, sobre la bondad de su funcionamiento y sobre las funciones de control y de formación de gobierno que son asignadas por la Constitución. En particular, la distorsión de la representatividad de las asambleas electas en virtud de tales premios de mayoría contrasta con el sistema de democracia representativa<sup>84</sup> porque traducen la confrontación política en una competición electoral en la que hay algunos «vencedores (pocos)» y algunos «excluidos (muchos)» produciendo un desajuste sensible entre la clase política y la sociedad civil<sup>85</sup>. Resulta «incompatible con los principios constitucionales en base a los cuales las asambleas parlamentarias son sede exclusiva de la "representación política nacional" (art. 67 de la Const.), (las cuales) se fundan sobre la expresión del voto y por tanto de la soberanía popular, y en virtud de ello a éstas se confían las funciones fundamentales, dotadas de "una caracterización típica e intangible" (Sentencia n.º 106 de 2002), entre las que se encuentran, junto a las de dirección política y control del gobierno, también las delicadas funciones conectadas a la propia garantía de la Constitución (art. 138 Const.) que distinguen al Parlamento de otras asambleas representativas de entes territoriales»<sup>86</sup>.

## V. EL INTENTO DE DESNATURALIZAR LA FORMA DE GOBIERNO POR VÍA ELECTORAL

El incalculable premio de representatividad «para la mayoría», establecido en el «Porcellum» y, de forma más limitada, pero sólo para la primera vuelta, por efecto de la previsión de un umbral mínimo, en el «Italicum», incide sobre la manifestación de la voluntad del elector, que no se expresa (o, al menos, no sólo) mediante el derecho

84 Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

85 Así se expresa A. ALGOSTINO, *La legge elettorale*, cit., 102.

86 «Incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della "rappresentanza politica nazionale" (art. 67 Cost.), (le quali) si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di "una caratterizzazione típica ed infungibile" (sentenza n.º 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali»: Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

al sufragio representativo, votando a un candidato al Parlamento en lugar de a otro, sino por una oferta de gobierno, votando por una coalición o, en el «Italicum», sólo por una lista y, por tanto, por su líder. El premio de la mayoría induce al elector a sacrificar las razones de la representación dirigiendo el propio voto a la coalición o a la lista que esté en mayor grado de obtener el premio en primera ronda o de participar en la segunda vuelta. Por otro lado, la previsión de una eventual segunda vuelta para la asignación forzada del premio «para la mayoría» en el «Italicum» determina una descomposición del derecho de voto del elector: en primera vuelta presumiblemente cada elector ejercería el voto «para la representación», en segunda vuelta, sin embargo, ejercería un voto «para el gobierno»<sup>87</sup>. La segunda vuelta tendría la única finalidad de establecer a qué fuerza política (*rectius* lista) confiar el gobierno del país en función de la falta de consecución del quorum del 40% en primera vuelta<sup>88</sup>.

La predeterminación de las mayorías parlamentarias, tanto en el «Porcellum» como en el «Italicum», alineándose con el sistema de voto de los sistemas locales y regionales, rebaja las elecciones a una mera competición entre los líderes de las coaliciones o de las listas mayoritarias y produce, en cierto modo, una subrepticia legitimación plebiscitaria del candidato a presidente del Consejo de Ministros que deriva indirectamente en la composición de las asambleas electivas<sup>89</sup>. Se trata de un

87 F. BARTOLINI, «Soglia per l'accesso al premio di maggioranza e ballottaggio di lista», *Rivista AIC*, n.º 2, 2014, p. 2.

88 *Ibidem*. L'A. pone de manifiesto la errónea analogía entre la segunda vuelta prevista en el *Italicum* y la segunda vuelta de las elecciones municipales, provinciales y regionales. En estas últimas la preferencia del elector no cambia entre la primera y segunda vuelta, dirigiéndose siempre hacia un candidato con un cargo monocrático. Cfr. También C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, cit., 14, subraya que el *Italicum* esconde «il tentativo [...] di predeterminare, *ab origine*, la "consistenza" dell'esito elettorale». Se expresa negativamente sobre la segunda vuelta con fines de atribución del premio P.A. CAPOTOSTI, «Il coraggio della Corte», *Nomos*, n.º 3, 2013, pp. 2-3. Sobre la extensión de los vicios de constitucionalidad del premio de mayoría del *Porcellum*, proclamada en la Decisión n.º 1 de 2014, al premio de mayoría del *Italicum* se expresan también F. PASTORE, «Partiti e movimenti politici nel momento elettorale sotto la vigenza dell'Italicum», *dirittifondamentali.it*, n.º 1, 2015, 13-14, y L. TRUCO, «Il sistema elettorale Italicum-bis alla prova della sentenza della Corte costituzionale n.º 1 del 2014 (atto secondo)», *Consulta on line*, n.º 1, 2015, pp. 13-16. A. RAUTI, «L'Italicum tra "liturgia" elettorale e prove di bipartitismo», *Rivista AIC*, n.º 2, 2015, p. 10 y ss., el cual, con el fin de superar las dudas de constitucionalidad avanzadas en la segunda vuelta, sugiere corregir el sistema electoral mediante la previsión de un *quorum* estructural de participación del voto en la segunda ronda dado que la distorsión de la representatividad de la Cámara no puede medirse sólo en base a la relación entre votos y escaños.

89 R. DICKMANN, «Riforme costituzionali e legge elettorale», *dirittifondamentali.it*, n.º 1, 2015, pp. 2-3, considera que el *Porcellum* y el *Italicum* tratan, también en caso de quiebra de las refor-

efecto incompatible con la forma de gobierno parlamentaria prevista en la Constitución, la cual no admite, por definición, una derivación popular directa del Gobierno o, al menos, del Presidente del Consejo de Ministros, produciendo el derrocamiento de la legitimación parlamentaria del Ejecutivo por la legitimación de las Asambleas legislativas del Ejecutivo. Por otro lado, el «Italicum», también en razón del premio a la lista y no a la coalición, tendría el fin principal de «encolar» la mayoría parlamentaria en la fecha de la consulta electoral y determinar, cuando el *Premier* dimita o pierda la confianza, la disolución del Parlamento<sup>90</sup> en razón de la creación de una relación directa, si no exclusiva, del presidente con el cuerpo electoral.

En otros términos, como el «Porcellum», su «gemello dissimulato», el «Italicum», puede producir una distorsión mayoritaria en el funcionamiento de la forma de gobierno más de cuanto lo haya hecho el precedente «Mattarellum». La previa indicación sobre la papeleta electoral del candidato «Premier», durante la vigencia del «Mattarellum», no aseguraba a la coalición que hubiese obtenido más votos a escala nacional, la predeterminación de la mayoría, que pudiese transformar o, incluso, puentear, aunque sólo sustancialmente, un voto de confianza inicial. La producción de una mayoría parlamentaria unívoca en las Cámaras no se predeterminaba por un mecanismo del tipo del premio, sino que era meramente eventual dependiendo de la sumatoria de los escaños conquistados en cada colegio uninominal en el que la dinámica mayoritaria y bipolar no sacrificaba las exigencias de la representación, las cuales, más bien, en teoría habrían podido ser gratificadas por una relación directa del parlamentario con el propio territorio<sup>91</sup>.

mas costituzionali, de perseguir «il cambiamento sostanziale della forma di governo verso il tanto ambito "premierato all'italiana"».

90 M. VOLPI, «Italicum due: una legge elettorale abnorme, in *Quest. giust.*, n.º 1, 2015, pp. 14-15; Id., *Le riforme e la forma di governo*», *Rivista AIC*, n.º 2, 2015; L. SPADACINI, «Su alcune problematiche in materia elettorale all'esame della Commissione Affari Costituzionali del Senato», *Osservatorio AIC*, n.º 1, 2013, pp. 13-15.

91 Cfr. A. D'ANDREA, *La «riforma» elettorale «imposta» dal giudice costituzionale al sistema politico*, cit., pp. 41-42, según el cual, examinando la decisión n.º 1 del 2014, parecería que a la Corte no escapa que un sistema electoral mayoritario con colegios uninominales, incluso resultando por definición no fielmente representativo de la orientación política del país, sea más representativo de las específicas realidades territoriales. Por otro lado, como subraya, A. PIZZORUSSO, «I nuovi sistemi elettorali per la Camera dei Deputati e per il Senato della Repubblica», *Riforme elettorali*, cit., p. 142, el sistema mayoritario uninominal británico no tiene el objetivo de crear una mayoría parlamentaria para la investidura del líder, más bien su objetivo es el de crear procesos de agregación política de forma que vengan a formarse espontáneamente mayorías parlamentarias estables.

Ahora, el premio de mayoría y la segunda vuelta, combinados en el «Italicum», no pueden asimilarse al modelo de votación de los entes sub estatales, debiéndose tener en cuenta la forma de gobierno en la que el sistema mismo radica. Como pone de manifiesto la doctrina señalada, de hecho, el sistema de votación constituye un reflejo de la forma de gobierno, pudiendo intervenir incluso, con ciertos límites, en su funcionamiento siempre que no la trastorne<sup>92</sup>. En particular, el art. 122 de la Const. disciplina la forma de gobierno regional que, en ausencia de regulación estatutaria distinta, se caracteriza por la contextual elección directa del presidente y de los miembros del Consejo regional; el candidato a presidente de la Junta, antes de la consulta electoral, ha presentado ya su programa a los electores para recibir su consenso. Como ha precisado la Corte Constitucional, en la sentencia n.º 12 del 2006, entre el Presidente de la Junta y el Consejo regional existe por tanto «una inicial presunción de consonancia política, que puede sólo ser superadas por un acto típico como la moción de censura»<sup>93</sup> por lo que no sería legítima una disposición estatutaria que previese consecuencias sancionatorias en caso de voto en contra por parte del Consejo sobre el programa de gobierno predispuesto por el Presidente de la Junta. A decir verdad –continúa la Corte– sería «contraddittorio» conferir la confianza inicial a la Junta porque «no existe entre el Presidente de la Junta y el Consejo Regional una relación fiduciaria asimilable a aquella típica de las formas de gobierno parlamentario, sino una relación de consonancia política, instituida directamente por los electores, cuyo cese puede ser oficialmente declarado tanto por el Presidente como por el Consejo con actos típicos y taxativamente indicados en la Constitución»<sup>94</sup>. Además, toda la disciplina constitucional y legislativa se dirige

92 Por todos L. ELIA, voz *Governo (forme di)*, en *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milán, 1970, p. 634 y ss. Más recientemente expresa los límites de la forma de gobierno en la elección de un determinado sistema electoral V. LIPPOLIS, «Riforma della legge elettorale e forma di governo», *Quad. cost.*, n.º 2, 2007, p. 342. L.A. Considera que la Constitución italiana prevé una forma de gobierno parlamentaria con una disciplina que tiene un amplio margen de elasticidad. La elasticidad de la Constitución, si bien ha permitido pasar de una ley electoral proporcional pura a un sistema mixto y uno proporcional con premio de mayoría no es ilimitado. Existen poderes del Presidente de la República en cuanto a la formación del gobierno (art. 92 Const.) y poderes de las Cámaras en cuanto a la concesión o revocación de la confianza (art. 94 Const.), cuyo ejercicio puede hacer más o menos exitoso el funcionamiento de la ley electoral, pero que mantienen su efectividad sobre el perfil jurídico.

93 «Una iniziale presunzione di consonanza politica, che può essere superata solo da un atto tipico quale la mozione di sfiducia»: Corte Const., Sent. 20 de enero de 2006, n.º 12 (*cons. in dir. n.º 5*).

94 «Non esiste tra Presidente della Giunta e Consiglio regionale una relazione fiduciaria assimilabile a quella tipica delle forme di governo parlamentari, ma un rapporto di consonanza politica,

a reforzar la posición de centralidad del vértice del ejecutivo regional, *in primis* la previsión de la contextual remoción del Presidente de la Junta y la disolución del Consejo. A tal fin, las leyes electorales para la elección del Presidente de la Junta regional y para la composición del Consejo regional, si bien tienen esencialmente una base de naturaleza proporcional, son corregidas por el premio de mayoría por el que fluye inevitablemente una competición mayoritaria entre los líderes de los bandos, dirigida a conferir legitimación popular directa al vértice del ejecutivo<sup>95</sup>.

Por otra parte, la previsión regional de un premio de mayoría se inscribe en el intento de unir el sistema electoral con las disposiciones constitucionales sobre la forma de gobierno regional. En particular, el art. 126.2 y 3 de la Const. imponen para la aprobación de la moción de censura la mayoría absoluta de los componentes del Consejo y la mayoría simple, establecida por el art. 94.2 y 5 Const, para la moción de confianza y desconfianza entre el Parlamento y el Gobierno. A nivel regional, por tanto, la mayoría absoluta ha sido dispuesta con la finalidad de modular la relación entre el órgano ejecutivo y el órgano legislativo; a nivel estatal, sin embargo, se contempla para el desarrollo de las funciones de garantía constitucional. La significativa diversidad de funciones del Consejo regional y el Parlamento nacional explica, en suma, la presunta inconstitucionalidad de un premio «per la maggioranza» en las elecciones a las asambleas nacionales que puede socavar la tutela establecida en la forma de gobierno por la Constitución<sup>96</sup>.

Difieren entre sí las elecciones a la Cámara y al Senado y las elecciones administrativas locales<sup>97</sup>. También en este caso «lo que más diferencia desde un punto de vis-

istituto direttamente dagli elettori, la cui cessazione può essere ufficialmente dichiarata sia dal Presidente che dal Consiglio con atti tipici e tassativamente indicati dalla Costituzione»: *Ibidem*. Sobre este punto se reenvía a F. GABRIELE, voz *Presidente della Regione*, *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XVIII, actualizado, Roma, 2009, p. 3.

95 Cfr. G. PERNICIARO, «I premi di maggioranza previsti dalle leggi elettorali regionali alla luce della sentenza n.º 1 del 2014 della Corte costituzionale», *Italian Papers on Federalism*, n.º 3, 2013; A.O. COZZI, «Gli effetti della sentenza sui premi di maggioranza regionali», *Giur. cost.*, n.º 5, 2014, p. 4167 y ss. En sentido contrario a la aplicabilidad de los principios expresados por la sentencia n.º 1 del 2014 a las elecciones regionales véase R. BIFULCO, «Brevissime considerazioni sul rapporto tra la sentenza della Corte costituzionale 1/2014 e le legislazioni elettorali regionali», *Nomos*, n.º 3, 2013; M. COSULICH, «Sulla possibile estensione della recente giurisprudenza costituzionale (sent. n.º 1 del 2014) alle legislazioni elettorali regionali», *cit.*, p. 471 y ss.

96 A.O. COZZI, *op. cit.*, pp. 4176-4177.

97 Por todos se reenvía a F. GABRIELE, *Le nuove norme sulla elezione e sulle competenze degli organi dei Comuni e delle Province*, Cacucci, Bari, 1994.

ta institucional a las tres leyes es el hecho de que la primera, la relativa a las elecciones a alcalde y a presidente de la provincia, modifica también, y se podría decir que, sobre todo, la forma de gobierno de los entes, permitiendo observar en la elección del alcalde y del presidente, incluso en mayor medida que en el sistema electoral con premio de mayoría, la verdadera innovación introducida. Por el contrario, tanto la ley electoral de la Cámara como la del Senado no tocan la forma de gobierno, establecida en nuestro ordenamiento con rango constitucional, limitándose a modificar el sistema electoral en sentido mayoritario»<sup>98</sup>. En la reciente decisión n.º 275 de 2014 –cuyo objeto de control era una disposición de la ley regional del Trentino-Alto Adige que prevé la asignación del premio de mayoría del 60% a la lista o a la coalición vinculada al alcalde electo en segunda vuelta en los municipios de hasta 3.000 habitantes<sup>99</sup>– la Corte constitucional ha excluido la superposición de la disciplina de las elecciones a las asambleas legislativas nacionales y la disciplina de las elecciones municipales y ha salvado la normativa regional trentino-altoatesina en cuanto a su funcionalidad a las exigencias de gobernabilidad del ente local. Si bien la sentencia inexplicablemente no se encuentra en la senda trazada por la decisión n.º 1 de 2014, sin duda es decisiva la referencia a que «(l)a normativa estatal objeto de la citada sentencia n.º 1 de 2014 trata la elección a las asambleas legislativas nacionales, expresión del nivel más elevado de la soberanía popular en una forma de gobierno parlamentaria. La ley regional impugnada se refiere a los órganos político-administrativos de los Ayuntamientos, es decir, al alcalde y los Corporación municipal, titulares de una limitada potestad normativa secundaria y dotados cada uno de una verdadera legitimación electoral directa. La ley estatal, por otro lado, disciplina una elección en una única vuelta, mientras que la regional prevé una doble vuelta, según el modelo de la disciplina electoral del TUEL. La ley estatal, por último, hace referencia, por la atribución del premio de mayoría, a una suerte de colegio nacional único, que tiene una dimensión no comparable con aquellas de los Ayuntamientos regulados por la

98 «La parte che più differenza dal punto di vista istituzionale le tre leggi riguarda il fatto che la prima, quella relativa all'elezione del Sindaco e del Presidente della Provincia, modifica anche, e si potrebbe dire soprattutto, la forma di governo degli enti, consentendo d'individuare nell'elezione diretta del Sindaco e del Presidente, ancor più che nel sistema elettorale con premio di maggioranza, la vera innovazione introdotta. Al contrario tanto la legge elettorale della Camera quanto quella del Senato non toccano la forma di governo, peraltro nel nostro ordinamento di rango costituzionale, limitandosi a modificare in senso maggioritario il sistema elettorale»: A. DI GIOVINE, F. PIZZETTI, «Nuove leggi elettorali e sistema politico», *Giur. cost.*, 1993, p. 4141.

99 Corte Cost., Sent. 5 de diciembre de 2014, n.º 275.

ley regional»<sup>100</sup>. Tales diferencias se han puesto en evidencia por la Corte Constitucional también en la Sentencia n.º 35 de 2017: según la Corte no puede asimilarse la disciplina de la segunda vuelta en las elecciones a los Ayuntamientos de mayores dimensiones con la del segundo turno del «Italicum». La disciplina de la modalidad de elección del alcalde «risponde ad una logica distinta da quella che ispira la legge n.º 52 del 2015». Si bien la elección del Alcalde influye sobre la composición del órgano representativo, el sistema de elecciones municipales se coloca dentro de una estructura caracterizada por la elección directa del poder ejecutivo local, a diferencia de la forma de gobierno parlamentaria prevista a nivel nacional<sup>101</sup>.

En razón de esta diferencia no sería admisible un cambio en la forma de gobierno estatal de tipo parlamentario por vía electoral mediante una subrepticia legitimación popular del líder de la coalición de la lista vencedora de la que derive, correlativamente, la formación de la mayoría parlamentaria para el trámite de un mecanismo del tipo del premio de mayoría, siendo necesario intervenir a nivel constitucional. Además, para que conste, es oportuno señalar que el ilegítimo premio «per la maggioranza», previsto en el «Porcellum», es el precedente del sistema mayoritario establecido en el «Mattarellum», aunque se haya facilitado –en tales casos– la formación de una unívoca mayoría justo después de que las elecciones no hayan asegurado la tan anhelada gobernabilidad. La forma de gobierno parlamentaria, prefigurada en la Constitución, no ha sido vinculada a la adopción de una ley electoral mayoritaria y ha continuado favoreciendo la concatenación de nuevos gobiernos y la sustitución del Presidente de Consejo, incluso como líder no parlamentario, sin que los mecanismos electorales hayan sido capaces de blindar la mayoría salida de las urnas durante toda la legislatura<sup>102</sup>; correlativamente, la misma ley no ha impedido

100 «(L)a normativa statale oggetto della richiamata sentenza n.º 1 del 2014 riguarda l'elezione delle assemblee legislative nazionali, espressive al livello più elevato della sovranità popolare in una forma di governo parlamentare. La legge regionale impugnata riguarda gli organi politico-amministrativi dei Comuni, e cioè il sindaco e il consiglio comunale, titolari di una limitata potestà di normazione secondaria e dotati ciascuno di una propria legittimazione elettorale diretta. La legge statale, inoltre, disciplina un'elezione a turno unico, mentre quella regionale prevede il doppio turno, secondo il modello della disciplina elettorale del TUEL. La legge statale, infine, fa riferimento, per l'attribuzione del premio di maggioranza, ad una sorta di collegio unico nazionale, che ha dimensioni non comparabili a quelle dei Comuni regolati dalla legge regionale»: Corte Cost., Sent. 5 de diciembre de 2014, n.º 275 (*cons. in dir. n.º 3.1*).

101 Corte Cost., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir. n.º 9.2*).

102 A. D'ANDREA, *La «riforma» elettorale «imposta» dal giudice costituzionale al sistema politico*, cit., 44. Sobre la imposibilidad de modificar por vía electoral el funcionamiento de la forma de

los frecuentes fenómenos de transfuguismo parlamentario de un partido a otro y de una coalición a otra, difícilmente sancionables en razón de la prohibición del mandato imperativo consagrado en el art. 67 Const.<sup>103</sup>.

## VI. SELECCIÓN DE LAS CANDIDATURAS: LA REPRODUCCIÓN, DISFRAZADA, DE LOS CANDIDATOS NOMINADOS

El «Italicum» redefine el mecanismo de selección de los candidatos y las modalidades de expresión del voto, tratando de corregir los vicios del «Porcellum», modificado por la Corte. En primer lugar, la adopción de cualquiera de los mecanismos hipotetizados para la manifestación del voto encuentra tantos méritos como vicios, debiendo analizarse en concreto el funcionamiento de cada uno de ellos «frente a la [...] sensibilidad institucional de los sujetos políticos y la negligencia generalizada, a las que ninguna ley puede poner remedio»<sup>104</sup>. Por otra parte, como ha sido claramente observado «las soluciones técnicas no faltan, pero se encuentran a menudo con el malvado uso de las normas y con prácticas que, incluso formalmente respetuosas de éstas, eluden su espíritu»<sup>105</sup>. Tanto las listas bloqueadas como el voto (único o plural) de preferencia podrían reproducir, en la dinámica compleja, virtudes y defectos, si no desastrosos, al menos sí incontrolables. Teniendo en cuenta los posibles vicios, por una parte, de las listas bloqueadas, impidiendo a los electores expresar su preferencia por uno o más candidatos, éstas aumentan de forma exponencial el poder de los partidos políticos o, de las oligarquías partidistas, asegurando oportunidades claras de ser elegidos a los candidatos posicionados en los primeros puestos de la

gobierno A. DI GIOVINE, F. PIZZETTI, *Nuove leggi elettorali e sistema politico*, cit., p. 142, e V. LIPPOLIS, *Riforma della legge elettorale e forma di governo*, cit., p. 344.

103 E. ROSSI, «Storia di un "falso"? L'Italicum e la "governabilità"», *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 de junio de 2015, 3. Y, de hecho, como ha subrayado G. AZZARITI, «Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?», *Costituzionalismo.it*, 4 de noviembre de 2008, pp. 22-23, frente a la verticalización de la política y al desconocimiento de las diversas identidades culturales «il divieto di mandato imperativo può costituire un utile strumento» para el parlamentario que se arriesga «di dover rispondere solo al proprio gruppo politico in crisi di rappresentanza sociale».

104 «Alla [...] sensibilità istituzionale dei soggetti politici e al diffuso malcostume, cui nessuna legge può porre rimedio»: A. GIGLIOTTI, «Il voto di preferenza e l'alternativa del diavolo», *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 gennaio 2015, p. 4.

105 «Le soluzioni tecniche non mancano, ma esse si scontrano spesso con il cattivo uso delle norme e con pratiche che, pur formalmente rispettose di queste, ne eludono lo spirito»: *Ibidem*.

lista, contrariamente a los últimos de la misma, cuyas posibilidades de elección son ilusorias y prácticamente utópicas; por otro lado, «el voto de preferencia implica una inevitable guerra fratricida dentro de los partidos, porque cada candidato tiene interés en estar más adelantado en la lista que los otros, con la finalidad de asegurarse el ingreso en el parlamento; en segundo lugar, cada candidato, por los mismos motivos, es empujado a hacer campaña electoral no sólo para el propio partido, sino también (y sobre todo) para sí mismo, y ello comporta un aumento exponencial de los gastos de campaña»<sup>106</sup>. En sentido contrario, con argumentos igualmente convincentes, se pueden afirmar los siguientes méritos: la lista bloqueada, quizás unida a los mecanismos de disciplina interna de los partidos, permitiría evitar el fenómeno de la constitución de pactos individuales entre candidatos, que favorecería la lógica clientelar y, por el contrario, concedería a cada elector la expresión, no ya de su preferencia por un candidato, sino un voto en bloque, ideológicamente orientado por un programa político de un determinado partido; el voto de preferencia única dejaría intacta la capacidad de voto de los electores que podrían dirigir su voto hacia un candidato u otro y, consecuentemente, difícilmente podría ser nunca sometido a cualquier juicio de constitucionalidad<sup>107</sup>.

En detalle, el art. 2.4 de la Ley n.º 52 de 2015 prevé que «Cada elector dispone de un voto para elegir una lista, para expresar sobre una única papeleta las siglas de cada lista y el nombre del candidato cabeza de lista. Puede, además, expresar uno o dos votos de preferencia, escribiendo el nombre del candidato o de los candidatos en el espacio establecido al efecto. En caso de expresión de la segunda preferencia, por la anulación de la primera preferencia, el elector debe elegir un candidato de sexo distinto al primero»<sup>108</sup>. La división del territorio en veinte circunscripciones, divi-

106 «Il voto di preferenza implica una inevitabile guerra fratricida all'interno dei singoli partiti, poiché ogni candidato ha interesse a prendere più preferenze degli altri, al fine di assicurarsi l'ingresso in parlamento; in secondo luogo, i singoli candidati, per questi stessi motivi, sono portati a fare campagna elettorale non solo per il proprio partito, ma anche (e soprattutto) per se stessi, e ciò comporta una crescita esponenziale delle spese da sostenere nella campagna elettorale»: A. GIGLIOTTI, «Pro e contro delle nuove leggi elettorali per la Camera e il Senato», *Nomos*, n.º 3, 2005, p. 67. Se expresa de forma negativa sobre el voto de preferencia P. CIARLO, «Contro il voto di preferenza torniamo al Mattarellum», *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 de enero de 2015, y G. CERRINA FERONI, «La selezione dei candidati alle elezioni: il "giardino (sempre meno) segreto della politica"», *Rass. parl.*, n.º 4, 2014, p. 856.

107 Sobre los defectos y virtudes de las listas bloqueadas A. GIGLIOTTI, *Il voto di preferenza e l'alternativa del diavolo*, cit.

108 «Ogni elettore dispone di un voto per la scelta della lista, da esprimere su un'unica scheda

didadas a su vez en cien colegios electorales, cada una de los cuáles asigna un número de escaños no inferior a tres y no superior a nueve, reduce de forma exponencial el riesgo de que la libertad de voto del elector pueda estar comprometida por listas demasiado largas. Estos no votan ya sólo una lista y, por tanto, un elenco usualmente largo, especialmente en las circunscripciones más pobladas, que difícilmente conocen. Por el contrario, con la posibilidad de expresar un voto de preferencia, indican un candidato en lugar de otro, evitando la lesión de la libertad de voto y la violación del principio democrático establecido en los arts. 48 y 1 Const., que sí se produce si, por el contrario, la elección de los parlamentarios se realizase exclusivamente «sulla base di scelte operate dai partiti, che si riflettono sull'ordine di presentazione», cuya «aspettativa relativa all'elezione in riferimento allo stesso ordine di lista può essere delusa, tenuto conto della possibilità di candidature multiple e della facoltà dell'eletto di optare per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito»<sup>109</sup>. Parecería que el legislador, con el «Italicum», como ha reconocido la decisión n.º 35 de 2017<sup>110</sup>, ha recibido las sugerencias de la Sentencia n.º 1 de 2014 que, en cierto sentido, no habría excluido por definición la posibilidad, al menos en parte, de listas bloqueadas en las que el elector pueda limitarse exclusivamente a elegir una de ellas y expresar una preferencia personal por un candidato<sup>111</sup>. Así, el mecanismo de distribución de escaños entre los cabezas de lista y los candidatos más votados en cada colegio, definido en el «Italicum», tendría la finalidad de combinar la previsión de

recante il contrassegno di ciascuna lista e il nominativo del candidato capolista. Può altresì esprimere uno o due voti di preferenza, scrivendo il nominativo del candidato o dei candidati nelle apposite linee orizzontali. In caso di espressione della seconda preferenza, a pena di nullità della medesima preferenza, l'elettore deve scegliere un candidato di sesso diverso rispetto al primo».

109 Corte Const., Sent. 13 de enero de 2014, n.º 1 (*cons. in dir. n.º 5.1*).

110 Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir. 12.2*).

111 De hecho, la decisión n.º 1 de 2014 (*cons. in dir. n.º 5.1*) ha establecido que «è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione. Simili condizioni di voto che impongono al cittadino, scegliendo una lista di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a divenire deputati e senatori, rendono la disciplina in esame non comparabile né con altri sistemi caratterizzati da liste bloccate solo per una parte dei seggi, né con altri caratterizzati da circoscrizioni elettorali di dimensioni territorialmente ridotte, nelle quali il numero dei candidati da eleggere sia talmente esiguo da garantire l'effettività conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto (al pari di quanto accade nel caso dei collegi uninominali)»

cabezas de lista bloqueadas y de listas no demasiado largas con la exigencia de hacer cognoscibles los candidatos y de tutela de la personalidad del voto, ilustrada por la Corte Constitucional<sup>112</sup>.

Sin embargo, el «Italicum», disimulando los vicios del «Porcellum», no se aleja mucho al replicar sus efectos. La introducción de cabezas de lista bloqueadas se acompaña de la facultad exclusiva para los cabezas de lista de presentar la propia candidatura en más colegios, con el límite máximo de diez colegios<sup>113</sup>. Estos, «captapultados» por la dirección del partido, serían elegidos automáticamente, siendo suficiente alcanzar por parte de la propia lista el cociente mínimo para la atribución de al menos un escaño en cada colegio sin que los electores puedan expresar sobre su persona ninguna preferencia. Por el contrario, los otros candidatos, que deberían ser votados con la finalidad de la elección y son propuestos respecto a los cabezas de lista, no pueden concurrir en más de un colegio so pena de la nulidad de la propia elección<sup>114</sup>. La posibilidad de pluricandidaturas de los cabezas de lista con el límite de diez colegios dejaría en manos de estos la elección del colegio preferido y, en consecuencia, la elección de los otros parlamentarios votados. De tal modo los electores, aunque en menor medida respecto del mecanismo de las listas bloqueadas del «Porcellum», no tendrían la posibilidad de conocer cuáles de los candidatos en cada uno de los cien colegios pueden ser elegidos, dependiendo del todo de los intereses egoístas y del capricho del cabeza de lista pluricandidato y de las dinámicas internas del partido<sup>115</sup>. De este modo la legítima expectativa de los electores de poder dar una preferencia y de incidir sobre la elección de los propios parlamentarios sería eludida por un mecanismo un tanto engorroso en violación de los principios de representatividad nacional, sancionado en el art. 67 de la Constitución, del voto personal y de

112 T.F. GIUPPONI, «Legge elettorale, riforma costituzionale e forma di governo», *Rivista AIC*, n.º 3, 2015, p. 6, define «un punto di mediazione coerente con le indicazioni della Corte» la previsión de cien cabezas de lista bloqueadas, unido a la posibilidad de expresar hasta dos preferencias (de las cuáles una debe ser por motivos de género) entre los demás candidatos de la lista en el ámbito de los colegios de dimensión pequeña y mediana.

113 Art. 1,1, apartado b) de la Ley de 6 de mayo de 2015, n.º 52.

114 Art. 1, 1, de la Ley de 6 de mayo de 2015, n.º 52. Sobre las candidaturas múltiples también en clave histórica se reenvía a L. Trucco, «Le candidature multiple tra passato, presente... ed Italicum», *Rivista AIC*, n.º 3, 2015.

115 Se trata de un vicio tan reconocido ya en el *Porcellum* que G. GUZZETTA, «Referendum elettorale nella transizione italiana», *Rass. parl.*, n.º 4, 2006, p. 984, observaba que «l' eletto in più circoscrizioni (il pluri eletto) diventa, infatti, *dominus* del destino di tutti gli altri candidati la cui elezione dipende dalla sua opzione».

la democracia previstos respectivamente por los arts. 48 y 1 de la Constitución<sup>116</sup>. Como pone de relieve la decisión n.º 35 de 2017 la falta de un criterio objetivo para determinar la cabeza de lista elegido en más de un colegio no respeta la voluntad de los electores; así la «opción arbitraria permite al cabeza de la lista bloqueada elegido en más colegios ser titular no sólo del poder de elegir el colegio de elección, sino también, indirectamente, de un impropio poder de designación del representante de un determinado colegio electoral, según una lógica idónea para condicionar el efecto útil de los votos de preferencia expresados por los electores»<sup>117</sup>.

Estando así las cosas, en razón de la yuxtaposición de candidaturas múltiples y bloqueadas (de cabezas de lista) y de candidaturas individuales y preferenciales, la ley electoral tendría el efecto de premiar la representación política sólo de la lista que se beneficiará del premio de mayoría<sup>118</sup>. Esta lista, recibiendo la mayoría absoluta de los escaños fijada en 340 diputados, tendría entre sus parlamentarios, tanto a los cabezas de lista como a los candidatos más votados. En realidad, los candidatos «cabeza de lista nombrados» de la lista de la mayoría podrían oscilar entre un mínimo de diez y un máximo de cien, según las preferencias en favor de los otros candidatos por parte de los electores y, por tanto, los candidatos elegidos sobre la base del voto de preferencia podrían variar de los 240 hasta los 330 parlamentarios totales<sup>119</sup>. El sacrificio de las exigencias de representación política sería más grave para las demás listas minoritarias, que, al no beneficiarse del premio de mayoría, podrían, por tanto, ser representadas prevalentemente (o totalmente) por los cabezas de lista suponiendo una degradación de la «rappresentanza nazionale» que se convertiría en una «rappresentanza di partito»<sup>120</sup>. Este riesgo, sin embargo, es deudor –quizás inexplicablemente– según la Corte Constitucional en la Sentencia n.º 35 de 2017, no tanto del mecanismo de selección de candidaturas sino, más bien, del sistema de partidos

116 Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir.* 12.2).

117 «Opzione arbitraria consente al capolista bloccato eletto in più collegi di essere titolare non solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione, ma altresì, indirettamente, anche di un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori»: *Ibidem*.

118 L. TRUCCO, «"Patto del Nazareno" e "metodo dei saggi": è arrivata l'ora di scegliere», *Confronti Costituzionali.eu*, 10 de marzo de 2015.

119 A. RAUTI, «I capilista "bloccati" nell'Italicum: una soluzione ragionevole», *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 de junio de 2015; L. TRUCCO, «Candidature multiple ed Italicum», *ivi*, 18 de junio de 2015.

120 Se trata de un riesgo advertido por el auto de remisión del Tribunal de Messina, auto de 17 de febrero de 2016, n.º 69 (punto 9).

que no puede ser objeto de censura; sin embargo, la Corte Constitucional precisa que un efecto del género se determina por diversas variables derivadas especialmente de la dinámica partidista<sup>121</sup>.

En virtud de estas consideraciones, la facultad del elector de incidir sobre la elección de los representantes, si bien no ha sido completamente anulada, es mínima en tanto que sometida a la decisión interna de la dirección del partido. Por lo demás, la facultad de los partidos de imponer al cabeza de lista, por un lado, impide a los electores ejercer un control frente a los cabezas de lista elegidos y por tanto de hacer valer, al finalizar el mandato, la responsabilidad política mediante la no reelección; por otro lado, amplifica la relación entre el partido y el parlamentario, que para evitar la aplicación de sanciones disciplinarias o la falta de indicaciones como cabeza de lista o, incluso, la exclusión de la lista, podría fácilmente conformarse con cualquier indicación que viniese de la jerarquía del partido. De tal modo, los partidos devendrían titulares de auténticas «attribuzioni costituzionali», que sin embargo no derivan de las disposiciones constitucionales, pudiendo incidir de forma relevante sobre la elección de los representantes parlamentarios. En consecuencia, también en el «Italicum», la dinámica general de los mecanismos electorales tendrían el potencial efecto de alterar la relación entre electores y elegidos y, por usar las palabras de la decisión n.º 1 de 2014, «impidiendo que se constituya correctamente, e indirectamente coartan la libertad de elección de los electores en las lecciones de los propios representantes al Parlamento, que constituye una de las principales expresiones de la soberanía popular, y por tanto contradicen el principio democrático incidiendo sobre la libertad de voto del art. 48 de la Constitución (sentencia n.º 16 del 1978)»<sup>122</sup>. Si es así, la realidad definida por el «Italicum», supera la teórica imaginación de Jean-Jacques Rousseau en «El contrato social», quien afirmando que en el momento después de las elecciones el pueblo se convierte en «esclavo», confiaba por lo menos en el momento de elección de los representantes, en la libertad de voto de los electores<sup>123</sup>.

121 Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir.* 11.2).

122 «Impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell'elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all'art. 48 Cost. (sentenza n.º 16 del 1978)»: *Ibidem*. En tal sentido sobre el *Italicum* F. Pastore, *op. cit.*, p. 13. Cfr. También M. ARMANNI, «Diritto di voto, rappresentanza ed evoluzione del sistema dei partiti politici. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza costituzionale», *Rivista AIC*, n.º 4, 2014, pp. 28-30.

123 J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 1966, p. 127.

## VII. CONCLUSIONES

Las decisiones de la Corte Constitucional n.º 1 de 2014 y n.º 35 de 2017 constituyen inevitablemente las piedras angulares para redefinir las modalidades de acceso a la justicia constitucional, pero, además, para delimitar la discrecionalidad legislativa en el ámbito electoral. La Corte constitucional, en ambas ocasiones, conociendo de una disciplina hasta ahora ausente del control de constitucionalidad, no excede sus funciones e interviene lo mínimo posible. Como en la Sentencia n.º 1 de 2014 la Corte Constitucional no excluye la constitucionalidad de un premio de mayoría y no define el umbral mínimo para la atribución del propio premio, y en la sentencia n.º 35 de 2017 asume una actitud «soft»<sup>124</sup> y declara la inconstitucionalidad de la facultad de elección del cabeza de lista, dejando al legislador la responsabilidad de sustituir el criterio legislativo residual con otra regla más adecuada, respetuosa con la voluntad de los electores, incluso delineando algunas vías posibles. En ambas sentencias la Corte Constitucional ha tratado de no invadir el campo de la discrecionalidad política. Afirmando que de la Constitución no deriva una elección a favor de una fórmula mayoritaria o proporcional, la Corte constitucional ha dejado al Parlamento la definición del sistema electoral pero ha fijado algunos límites a la libertad del legislador. Ha dispuesto que una fórmula electoral que atribuya un premio «per la maggioranza» a la coalición que consiga el mayor número de votos, prescindiendo de un determinado «quorum», contrasta con los principios constitucionales de soberanía popular y de igualdad de voto; sin embargo, la comprensión de la representatividad de las Asambleas electivas a favor de las inmensas minorías alimenta la brecha de los titulares del poder político con las exigencias provenientes de la sociedad civil y la debilitación del pluralismo, no favoreciendo el papel de mediación de la representación política mediante la integración parlamentaria de los diversos componentes sociales. Falta, sin embargo, una advertencia al legislador para que evite la tentación de modificar la disciplina de la forma de gobierno estatal por vía electoral: la atribución de un premio de mayoría a la lista o a la coalición que consigue un voto más que las otras listas o coaliciones no confiere una legitimación plebiscitaria a un líder político ni mucho menos provoca la transformación de la forma de gobierno parlamentaria, constitucionalmente prevista, en una forma de gobierno presidencialista o de dominio del ejecutivo. Por otro lado, en la Sentencia n.º 35 de 2017 la Corte Constitucional ha restituido al cuerpo electoral la decisión

124 A. RUGGERI, «La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum», *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 febbraio 2017, p. 7.

sobre los elegidos, eliminando el mecanismo de los cabezas de lista; así, como en las listas bloqueadas del «Porcellum», la previsión de cabezas de lista desnuda a los electores de la libertad de voto y de la elección de candidatos, confiándola a la dirección de los partidos y al mecanismo del sorteo en virtud de la eliminación del criterio de la opción arbitraria, conferida al cabeza de lista plurielegado.

Es necesario poner de manifiesto que el auspicio de armonizar los sistemas electorales para la Cámara y el Senado no impone una obligación de intervención del legislador antes del próximo periodo electoral. La disciplina que resulta de la decisión n.º 35 de 2017 para la Cámara es susceptible de inmediata aplicación: la Corte Constitucional especifica que la normativa que queda en vigor «es idónea para garantizar la renovación, en cualquier momento, del órgano constitucional electivo»<sup>125</sup>. El correcto funcionamiento de la forma de gobierno parlamentaria no exige dos sistemas completamente idénticos para las dos cámaras del Parlamento sino, únicamente, la exigencia de no obstaculizar la formación de mayorías parlamentarias homogéneas. Es la misma Constitución, de hecho, la que establece una distinta composición del cuerpo electoral de la Cámara y el Senado que podría comportar el riesgo de formación de mayorías políticas incoherentes. La única advertencia de la sentencia tiene, por tanto, objeto de corrección sobre el criterio del sorteo derivado de la normativa resultante, considerado no satisfactorio e invitando al legislador a adoptar otra regla<sup>126</sup>. No obstante, urge la aprobación de una ley electoral que pueda alinearse con las indicaciones de la Corte constitucional y no margine a algunos componentes sociales privilegiando a una mayoría o a la inmensa minoría. Es necesaria una ley electoral que, favoreciendo el principio de gobernabilidad, no perjudique el principio de representatividad de la Cámara y el Senado, no margine la participación popular y, sobre todo, sea capaz de reconocer el pluralismo resolviendo el conflicto social.

### **Resumen**

*Este artículo analiza las recientes decisiones de la Corte Constitucional italiana sobre el régimen electoral. Plantea los límites constitucionales al desarrollo legislativo de principios y derechos fundamentales como la soberanía nacional y el derecho al sufragio. Y analiza críticamente cómo las reformas legislativas electorales influyen en la forma de gobierno de la República italiana.*

125 «É idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo»: Corte Const., Sent. 25 de enero de 2017, n.º 35 (*cons. in dir.* 9.2).

126 M. AINIS, «Il grande malinteso sulla legge elettorale», *La Repubblica*, 11 de febrero de 2017.

**Palabras Clave**

*Derecho al voto, forma de gobierno, premio de mayoría, reparto de escaños, democracia parlamentaria.*

**Abstract**

*This paper analyzes the recent Italian Constitutional Court decisions on electoral matters. It raises the constitutional limits to the legislative development of constitutional principles and rights such as national sovereignty and right to vote. It critically aims how electoral legislative reforms influence the form of government of the Italian Republic.*

**Keywords**

*Right to vote, form of government, majority award, distribution of seats, parliamentary democracy.*

Recibido: 15 de abril de 2017  
Aceptado: 15 de mayo de 2017

# Artículos

---



# ¿ESTÁ EN CRISIS EL PENSAMIENTO JURÍDICO EUROPEO?\*

ALBRECHT WEBER

*Profesor emérito de Derecho Público. Universidad de Osnabrück  
(Alemania)*

## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los valores y principios de la Unión.
- III. ¿Déficit de democracia y Estado de derecho en la unión monetaria?
- IV. La crisis migratoria.
- V. La tutela del principio Estado de derecho.
- VI. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En mi lección de despedida como docente con motivo de mi jubilación, titulada «A la búsqueda del Jurista europeo»<sup>1</sup>, intenté demostrar que, actualmente, este tipo de jurista ya no se vincula directamente con el *ius commune* desarrollado por los bolonios del siglo XI, luego integrado en el Imperio como derecho común. Con todo, pese a la diversidad nacional del XIX, cabe revitalizar la idea central de una cultura jurídica común europea y seguir profundizando en ella. Afirmación que es hoy un lugar común a la luz de la general europeización de los derechos nacionales. ¿Qué ámbito queda fuera de la comparación o al menos de la coordinación? Ni siquiera el derecho penal, tributario o local, por dar tres ejemplos.

Las culturas constitucionales nacionales en su crecimiento simultáneo han de quedar ancladas al ordenamiento del Consejo de Europa y de la Unión<sup>2</sup>. Premisa

\* Traducido del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez.

1 JÖR, N.F.B. 6, 2012, p. 307 y ss.; también en «A la búsqueda del jurista europeo», *REDC*, núm. 93, 2011, pp. 11 y ss.

2 Respecto al empleo de la contextualización jurídico-constitucional, en especial P. HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Ed, 2016, pp. 62 y ss. Véase mi comentario en *DVB*, 2017.

que debe ocupar un lugar central en la cultura jurídica europea, a la vista del creciente y robusto populismo, así como de las corrientes euroescépticas, en ambos casos con claros impulsos antieuropeos. En estas circunstancias la pregunta por la esencia de los valores constitucionales de la Unión se hace acuciante: tenemos que abordar la siempre discutida capacidad de dirección del Derecho, en este caso, del Derecho Europeo<sup>3</sup>. Ciertamente, ni la conciencia de crisis ni la cuestión sobre la capacidad directriz del Derecho son hoy cuestiones inéditas, pero es innegable que en los últimos años han cobrado un nuevo valor<sup>4</sup>. Dadas las obvias dificultades en las que hoy se encuentra la Unión, se ha de dar cuenta, al menos en un análisis breve, de la crítica a Europa que nace del escepticismo y del populismo<sup>5</sup>.

Las investigaciones sobre partidos prueban que el desarrollo de la integración europea a través del mercado común y sus cuatro libertades, unido a la política de la competencia y la política agraria, así como la profundización de la Unión desde Maastricht, han conducido a una creciente oposición de los partidos de izquierdas y a la fundación de partidos populistas (como el UKIP). Es verdad que solo los partidos claramente radicales hacen de su aversión a la integración parte fundamental de su programa, sea por la derecha (por ejemplo, el alemán NPD, el inglés BNP o el húngaro Jobbik) o por la izquierda (pensemos en el partido comunista griego). Pero los partidos críticos con Europa se encuentran diseminados en el Parlamento europeo, tanto en los populistas de derechas como en los de izquierdas. Euroescépticos y populistas de derechas, en una confusa mezcla, encuentran en la defensa de la soberanía nacional y su identidad una ocasión para mostrar abiertamente sus miedos contra la modernización y la globalización<sup>6</sup>. El lema de los brexitianos «I

3 Por ejemplo, en el grupo de trabajo de la Asociación alemana de profesores de Derecho Público, en su última reunión de Linz, se discutió sobre la crisis del Derecho europeo, véase, A. VON BOGDANDY, en su conferencia en el círculo «Europäisches Verfassungsrecht» de 5.10.2016. En la misma línea, el grupo de especialistas de Derecho de la Unión de la Sociedad alemana de derecho comparado se mantuvo firme bajo el lema «Europa como ciencia», Wissenschaftliche Gesellschaft für Europarecht, Lüneburg, 8.-10.12.

4 A. VON BOGDANDY, «La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto», *REDC*, núm. 32, 2012, pp. 13 y ss.; P-CH. MÜLLER-GRAF, *Europa-Idee in der Krise?*; T. OPPERMANN, «Die Zukunft der Europäischen Union und ihrer Verfassung», en HATJE (ed.), *Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung in der Europäischen Union*, Europarecht, Beiheft.2, 2015, pp. 149 y ss., y 171 y ss.

5 SZERZERBIAK/TAGGERT, «Opposing Europe: Party Systems and Opposition to the Union, the Euro and Europeanisation», *Sussex European Institute, Working Paper*, núm. 36, 2000.

6 Véase también J.L. VILLACANAS, *Populismo*, La Herta Grande, 2015.

want my country back» me parece que señala claramente el ambiente en el que nos encontramos. Por mucho que haya contribuido a una mejora del bienestar, se niegan incluso las ventajas económicas de la integración (entendida como un espacio de competencia entre los factores productivos). El resentimiento antieuropeo se parece mucho a los impulsos antidemocráticos que Nietzsche expresó en su crítica al regreso de la moral cristiana y sus adeptos de la democracia y el socialismo. En su texto de la *Genealogía de la moral* escribió: «el despertar del esclavo en la moral comienza cuando el propio resentimiento se transforma en creación y engendra valores: un resentimiento de esa naturaleza, cuya verdadera reacción es negada por los hechos, que solo logra ser inofensiva mediante la venganza imaginaria...»<sup>7</sup>. Quizá, ante el surgimiento de los populismos, Nietzsche se hubiese manifestado de igual modo contra las élites europeas<sup>8</sup>.

Ante la actual eurofobia, Klaus Hänsch, antiguo presidente del Parlamento europeo se ha expresado de forma aguda: «Lo neonacional de hoy seguramente se vincula con el miedo al futuro, a la furia y el rencor frente a lo extraño y el descaro de lo moderno, y huye en busca de una solución por el callejón sin salida de lo nacional»<sup>9</sup>.

En atención a la creciente influencia de las redes sociales sobre los electores, tanto en los comicios nacionales como europeos, es de importancia sobresaliente saber cómo se relacionará en el futuro la opinión pública con la realidad. Apoyándonos en Habermas podríamos hablar de un renovado «cambio estructural del espacio público». En nuestra condición de juristas se nos hace especialmente difícil ordenar este cambio de ambiente en normas que han de tratar con reglas de conducta y de sentido débiles. Al mismo tiempo, el jurista europeo debe plantearse los síntomas de crisis, para alcanzar reformas y soluciones duraderas –aun cuando la posibilidad de superar los miedos de la globalización y la modernización parezca lejana– en un escenario en el que solo de manera limitada tiene sentido responsabilizar a la integración europea<sup>10</sup>.

7 J.F. NIETZSCHE, *Erste Abhandlung*, 10; Vol. II, p.782; R. SAFRANSKI, *Nietzsche. Biografie seines Denkens*, 4.ª ed., pp. 308 y ss.

8 Véase, U. FREVERT, «Zu unserem Glück vereint?», *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, 24.10.2016, p. 6.

9 «Einheit und Eigenständigkeit», *FAZ*, 29.8.2017, p.6.

10 Una explicación muy interesante la encontramos en M. ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, 2016, que subraya la dimensión emocional del individuo y subraya una nueva formulación de la autonomía individual, pp. 317 y ss.

A continuación me voy a limitar a tres síntomas actuales y previsibles: la crisis monetaria, la crisis migratoria y la crisis del Estado de derecho. Todo ello siempre a la luz de los principios y valores de la Constitución de la Unión.

## II. LOS VALORES Y PRINCIPIOS DE LA UNIÓN

La Unión, desde el Tratado de Lisboa, se ha dado «un fundamento de valores». Esto, en cierta medida ya había sido anticipado en el Acta Única Europea (1986) y en el Tratado de Niza, que reconocían algunos valores fundamentales. Y es obvio que la fórmula creada por la Convención que elaboró la Constitución europea tiene una conexión directa con el actual artículo 2 TUE.

A los juristas versados, este precepto les llama la atención porque sustituye los principios fundamentales por valores. Se logra así un consenso que de forma clara va más allá de los principios jurídicos, reflejando al mismo tiempo convicciones éticas y espirituales<sup>11</sup>. Se trata de una revalorización que conlleva un nada inofensivo vínculo ético del ordenamiento, en el que el artículo 2 da una dimensión social a los conocidos valores de dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y garantía de los derechos humanos. Sin olvidar que también la proscripción de la discriminación, la solidaridad o la igualdad del hombre y la mujer son reconocidos como principios jurídicos del ordenamiento de la Unión.

En cualquier caso, la opinión dominante reconoce un reforzamiento semántico cuando la Unión Europea se entiende no solo como una comunidad de principios jurídicos o constitucionales, sino también como una comunidad de valores; por lo demás, su normatividad es igual a la de los principios jurídicos, siendo parámetro en la aplicación del derecho y su interpretación<sup>12</sup>. El escepticismo ocasional desde el lado alemán se explica por la temprana jurisprudencia del TCFA, que identificó en la Constitución y en especial en los derechos fundamentales, precisamente por su condición de valores, una irradiación sobre el conjunto del ordenamiento<sup>13</sup>; en un sentido similar, el Tribunal Constitucional español, ya en 1981, reconoció los derechos fundamentales como un elemento objetivo del «marco de convivencia humana y pacífica», basado en el Estado social y democrático de derecho<sup>14</sup>.

11 SOMMERMANN, «Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten», en NIEDOBITEK (ed.), *Europarecht-Grundlagen der Union*, 2014, p. 287 (293).

12 SOMMERMANN, op. cit., p. 293; MANGIAMELI, en BLANKE/MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on European Union, A Commentary*, 2013, Art 2, n.7.

13 Véase BVerfG 7, 198 (204 y ss.) – Lüth.

14 STC 25/1981.

En las páginas que siguen no haré un seguimiento amplio de los comentarios jurídicos que se han hecho a los principios o valores del Tratado y de la Carta de derechos fundamentales, sino que mostraré sus fundamentos. Luego volveré sobre los síntomas de crisis.

### III. ¿DÉFICIT DE DEMOCRACIA Y ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN MONETARIA?

La crisis monetaria del Euro se ha instalado en la conciencia común europea a partir del 2010, desde la crisis griega. La entrada en vigor en 1999 de la unión económica y monetaria, sin duda, un hito de la Unión, se tambaleó por la elevada deuda pública, sobre todo de Grecia, Portugal e Irlanda, pero también de España e Italia. En verdad, la unión monetaria, junto al euro, padeció una incongruencia o asimetría frente a la integración económica, puesto que la política económica, de acuerdo con el TFUE (120 y 127) exigía solo una coordinación; e igualmente, el artículo 101 requería únicamente la coordinación y tutela común del presupuesto<sup>15</sup>. Tales asimetrías, fueron equilibradas, en especial por las urgencias del Gobierno alemán, mediante el Pacto de estabilidad y crecimiento. Este acuerdo, a diferencia del posterior Pacto Fiscal, no fue un tratado internacional anejo, sino que surgió de una decisión del Consejo europeo de junio de 1997 y dos reglamentos, uno relativo al refuerzo de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas y otro sobre la aceleración y clarificación de la aplicación del procedimiento de déficit excesivo<sup>16</sup>. Junto a los protocolos sobre los «procedimientos de déficit excesivo» y los criterios de convergencia (de febrero de 1992), se puso a disposición todo un instrumental de derecho originario y derivado. Desde un punto de vista económico, la Unión persiguió una vigilancia multilateral para luchar contra las desigualdades macroeconómicas y un reforzamiento del componente preventivo del paquete de crecimiento y estabilidad<sup>17</sup>. Ese instrumental se desarrolló de modo sucesivo mediante un marco presupuestario y tratados intergubernamentales, como el Tratado sobre el mecanismo europeo de estabilidad o el Pacto fiscal<sup>18</sup>, medios de gran complejidad y no fácilmente entendibles<sup>19</sup>.

15 A. WEBER, *Europarecht*, núm. 4, 2013, pp. 376 y ss.; también en *REDC*, núm. 98, 2013, p. 41 y ss.

16 Cfr. A. WEBER, *REDC*, op. cit., p. 42.

17 Cfr. A. WEBER, *REDC*, op. cit., p. 42 y ss.

18 A. WEBER, *REDC*, op. cit., p. 49 y ss.

19 A finales de 2015, en el contexto del grupo de trabajo sobre Europa (ECSA), le dedicamos toda una jornada en Innsbruck, *Europarecht* 2015, núm. 6, Beiheft 2.

Voy a resumir mis tesis sobre la necesidad de un gobierno económico europeo en los siguientes puntos:

(1) Primero de todo, el término «gouvernement économique» se presta a confusión porque nos remite a planos de decisión estatales, verticales u horizontales; prefiero el término «Economic Governance» o «Wirtschaftssteuerung» porque muestra sus elementos preventivos y represivos<sup>20</sup>.

(2) Un dato distintivo de la vigilancia presupuestaria es, junto a la planificación temporal del presupuesto, el veto de la Comisión frente a un proyecto de presupuesto, así como la sanción que obliga a un depósito. Sin duda, la vigilancia preventiva del presupuesto y el plan de reformas en el seno del semestre europeo han funcionado de manera suficiente<sup>21</sup>.

(3) La actual Comisión presidida por Juncker parece gestionar con flexibilidad los elementos represivos, tanto la imposición de sanciones por incumplimiento del criterio del déficit del 3% del PIB como la reducción de la deuda pública por debajo del 60%, sobre todo si se trata de Estados grandes, como Francia, Italia o España<sup>22</sup>. De este modo se da continuidad al laxo tratamiento que en el 2004 la Comisión Barroso le dio a Alemania y Francia. Ciertamente cabe preguntarse sobre el sentido de sanciones preventivas y represivas, cuando la política fiscal no está armonizada. Esto chocaría directamente con los límites constitucionales de algunos Estados miembros, exigiendo no solo una reforma de los Tratados, sino también la apelación al poder constituyente. En cualquier caso, debería estar fuera de toda discusión que una unión monetaria vinculada a una tutela fiscal solo puede ser exitosa cuando los incumplimientos se sancionan independientemente de la dimensión o la importancia del Estado o la proximidad de elecciones nacionales. Aunque es obvio que la Comisión se movería en el filo de la navaja si ignorase totalmente las consecuencias políticas de sus actos.

(4) Soy menos crítico con el muchas veces citado déficit democrático de la dirección económica europea<sup>23</sup>. Parece evidente si nos fijamos en la gestión intergubernamental de la crisis, orquestada a través del mecanismo de estabilidad europea (más

20 En el mismo sentido, W. CREMER, «Auf dem Wege zu einer europäischen Wirtschaftsregierung», *Europarecht*, núm. 3, 2016.

21 En detalle, A.WEBER, «Europäische Wirtschaftsregierung», *Europarecht*, 2015, núm. 6, Beiheft 2.

22 Cfr. FAZ, 28.12.2016, p. 6; FAZ, 5.1.2017, p. 15.

23 En sentido crítico, NETTESHEIM, «Demokratische Legitimation und Vertrauenskultur: zu den Grenzen majoritären Entscheidens in der EU», en NIEDOBITEK/SOMMERMANN (ed.), *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, 2013, pp. 39 y ss; F. BALAGUER CALLEJÓN, «Crisis económica y crisis constitucional en Europa», *REDC*, 98, 2013, pp. 91y ss.

tarde sostenido sobre una reforma de los Tratados, art. 136.3 TFUE), o en medidas como el paquete fiscal. No obstante, a través de la ratificación en los parlamentos nacionales se hace presente una legitimidad democrática indirecta. Y mediante el derecho derivado, los instrumentos para tratar la crisis han cobrado una legitimidad suficiente gracias a la intervención del Consejo y del Parlamento<sup>24</sup>.

Antes de caer en brazos de los coros de la crítica democrática y de las voces que advierten de la posdemocracia, es recomendable atender al complejo proceso legislativo de la «Economic Governance» y las numerosas mejoras que introdujo el Parlamento europeo en los llamados «Six-Pack» y «Two-Pack». En este sentido, me parece que cumple un papel pionero el TCFA que en sus decisiones desde 2010 hasta la Decisión-OMT (Outright Monetary Transactions)<sup>25</sup> ha establecido límites a la responsabilidad de integración y a la responsabilidad presupuestaria del Bundestag en relación con la unión fiscal<sup>26</sup>. Posición que parecen seguir otros tribunales, por más que la identidad nacional sea un parámetro frágil<sup>27</sup>. Junto a estos pilares de legitimidad democrática, con los que el TCFA desde Maastricht construye las vigas esenciales, la legitimidad directa podría reforzarse incrementando las potestades de consulta y control del Parlamento europeo. Sin embargo, es difícil saber cómo puede el Parlamento europeo incrementar su peso en el procedimiento legislativo u otros procedimientos de decisión<sup>28</sup>. El establecimiento de un pequeño parlamento compuesto por los parlamentarios de la Eurozona pondría en duda la unidad del órgano y traería como consecuencia el surgimiento de otros órganos parlamentarios<sup>29</sup>. Tendría más sentido el trabajo conjunto interparlamentario entre los representantes de los parlamentos nacionales y el Parlamento europeo en la Eurozona, dando cuerpo a un sistema de gobierno en varios niveles<sup>30</sup>.

24 A. WEBER, *Europarecht*, 2015, núm. 6, Beiheft 2.

25 BVerfG v 21.6.2016-2BvR2728. Con anotación crítica de CLASSEN, *Europarecht*, núm. 5, 2016, pp. 529 y ss.

26 U. HÄDE, «Die Rechtssprechung zur Eurokrise», en H.J. BLANKE/P. CRUZ VILLALÓN/T.KLEIN/J. ZILLER, *Common European Legal Thinking, Essays in Honour of Albrecht Weber*, 2015, pp. 197 y ss.

27 Cfr. A. WEBER, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, pp. 399 y ss.; en sentido crítico, CLASSEN, *Europarecht*, núm. 5, 2016, p. 534.

28 Respecto a las distintas opciones BLANKE/BÖTTNER, «The Democratic Deficit in the (economic) Governance of the European Union», en BLANKE /CRUZ VILLALÓN/KLEIN/ZILLER, *Common European Legal Thinking, Essays in Honour of Albrecht Weber*, 2015, p. 266 y ss.

29 BLANKE /BÖTTNER, op. cit. p. 273 y ss.

30 DEUBNER, «Stärkere Parlamente in der neuen WWU-Governance?», *Integration*, pp. 37 y ss.

En conjunto, se puede asegurar que la dirección de la política fiscal por los órganos de la Unión se ha logrado con ciertas dosis de flexibilidad. Lo que aún queda por saber es en qué medida la gestión de la crisis ha perjudicado al derecho cuando las sanciones previstas no se han aplicado o se han aplicado de modo selectivo (o se han retrasado) dada la oposición política de ciertos Estados.

(5) La crisis monetaria afecta además a otro principio constitucional, la solidaridad, que ocupa un lugar central en los tratados. En el caso de la crisis monetaria ha quedado un tanto al margen, pero ha emergido en toda su importancia en el seno de la crisis migratoria. Las voces críticas con la ayuda multilateral a Grecia se apoyaron en la llamada prohibición de *bail-out* del artículo 125 del TFUE, esto es, que la Unión se hiciese cargo de las obligaciones de los Estados miembros. El Consejo, a propuesta de la Comisión, en vez del citado artículo, aplicó el 122.2 referido a los casos de necesidad. Permite un apoyo financiero de la Unión «En caso de dificultades o en caso de serio riesgo de dificultades graves en un Estado miembro, ocasionadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales que dicho Estado no pudiese controlar [...]».

Este precepto ha de entenderse como una concreción del mencionado principio de solidaridad<sup>31</sup>. La solidaridad conlleva un elemento interno de reciprocidad e implica intereses conjuntos para la estabilización y mantenimiento de la unión monetaria<sup>32</sup>. No tiene que ver con el altruismo, tal y como nos lo han aclarado desde una perspectiva de filosofía jurídica Josef Isensee y Jürgen Habermas<sup>33</sup>.

#### IV. LA CRISIS MIGRATORIA

El principio de solidaridad desempeña un papel fundamental en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, de acuerdo con la política de asilo y migración. Prefiero usar el término más amplio de migración porque, al menos desde una perspectiva política y sociológica, incluiría los aspectos tratados en el Capítulo Segundo del Título V del TFUE, a saber, control de fronteras, asilo e inmigración.

31 A. WEBER, Art 122 AEUV, en Blanke/Mangiameli (eds.), *TFEU, A Commentary* 2017 (en prensa).

32 P. HILPOLD, «Solidarität im EU-Recht», núm. 4, 2016, pp. 393 y ss.

33 ISENSEE, *Solidarität in Knappheit: zum Problem der Priorität*, 1998, pp. 97 y ss.; HABERMAS, «Democracy, Solidarity and the European Crisis», *Social Europe Journal*, núm. 7, 2013, pp. 18 y ss., cito a través de HILPOLD, op. cit., p. 378.

El conjunto de la política migratoria en virtud del artículo 67.2, se compone de tres premisas: la libre circulación de personas en las fronteras interiores; el respeto de los nacionales de terceros países; y la solidaridad entre Estados miembros<sup>34</sup>. Principios generales que, necesitados de un mayor contenido jurídico<sup>35</sup>, son desarrollados en el Capítulo segundo. El elemento clave de la política migratoria común se recoge en el artículo 80 TFUE: «Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio». Por ello, el artículo 89 TFUE establece una habilitación a favor del legislador de la Unión en el ámbito de la política migratoria para que realice un reparto de las cargas financieras y administrativas<sup>36</sup>.

Sin embargo, el adecuado reparto de cargas no ha funcionado correctamente desde la crisis de los refugiados ese año. A propuesta de la Comisión, el Consejo de Ministros de interior propuso en septiembre de 2015 un reparto hasta 2017 de los 160 mil refugiados que se encontraban en Grecia e Italia (la llamada recolocación). Esta decisión se adoptó en virtud del artículo 78.3, que al igual que el 122 TFUE habilita medidas excepcionales bajo el principio de solidaridad<sup>37</sup>. A mediados de diciembre de 2016 solo se habían repartido 8.741 refugiados, 863 en Alemania (cerca del 5%)<sup>38</sup>. Los restantes intentos de la Comisión han fracasado, sobre todo por la oposición de los países del Este. Las propuestas de la Comisión de mayo/junio de 2016, también mantienen la idea del reparto de cargas, orientado por el número de población, el producto interior bruto y la capacidad de aceptación; en caso de que no se aceptasen refugiados, se impone una compensación de 775.000 euros por refugiado. No es esta una propuesta ideal, pero al menos es acorde con el principio de solidaridad

34 J. BAST, «Solidarität im europäischen Einwanderungs-und Asylrecht», en KNODT/TEWES (eds.), *Solidarität in der EU*, pp. 143 y ss.

35 THYM, en *EU-Kommentar*, GRABITZ/ HILF /NETTESHEIM (eds.), 2013; Art 79, ap. 3.

36 BAST, op. cit., p. 147.

37 Decisión del Consejo (UE) 2015/1523, relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia, Grecia y Hungría.

38 Sachverständigenrat 2016, p.8.

del artículo 89 TFUE, que admite un reparto justo de las cargas desde el punto de vista financiero.

La pregunta clave, sin embargo, consiste en saber si la Comisión debería proceder frente a los Estados miembros incumplidores para garantizar el respeto del Derecho de la Unión, concretamente de las medidas que establecieron el reparto de los 160 mil refugiados. Desde mi punto de vista estamos ante un supuesto similar al de la aplicación de sanciones frente al incumplimiento de los criterios de convergencia. Si la Comisión considera que su función es antes que nada política y que puede realizar una aplicación selectiva del derecho derivado, se afectará de forma permanente a la integración y se perjudicará considerablemente a la Unión, que, desde Walter Hallstein, ha sido considerada esencialmente una comunidad de derecho. Y aunque se alegase la máxima latina «fiat iustitia, pereat mundus», a la inversa, tendríamos que preguntarnos si la aplicación selectiva del derecho no acabará por acelerar su hundimiento.

La dramática desatención del principio de solidaridad por parte de la mayoría de los Estados miembros en lo relativo al reparto de cargas se debe a un «déficit sistemático» fundamental del sistema común europeo de asilo (SCEA), en razón de la desafortunada construcción del sistema de Dublín. Las particularidades del SCEA no son menos complicadas que las de la unión monetaria, pero llegan antes a la conciencia pública, al menos lo relativo a la limitación de la recepción de refugiados, que es en definitiva una respuesta del miedo a lo extraño.

El SCEA se compone de tres elementos: la creación de un estándar común de asilo mediante la aproximación de los procedimientos y los requisitos de cualificación; la solicitud única que ha de ser conocida por el primer Estado que acogió al refugiado; y el reparto de cargas de acuerdo con el principio de solidaridad.

El segundo elemento, que da la competencia de conocimiento de la solicitud al primer Estado de entrada (salvo razones humanitarias), es el error sistemático de toda la construcción. El Sistema de Dublín, desde sus inicios, no responde al principio de solidaridad, pese a que es bien sabido que las corrientes migratorias llegan sobre todo a la frontera sur de la Unión, desde 2015 especialmente a la ruta de los Balcanes. Por ello hablamos «de un reparto de competencias sin el correspondiente reparto de cargas»<sup>39</sup>. Este reparto asimétrico de cargas ha beneficiado a los países del centro y norte de Europa, aliviados por el

39 THYM, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, p. 365; BAST, op. cit., p. 150.

principio de retorno al primer país de entrada. La propia República Federal se ha aprovechado de esta situación y la ha promovido para su propio interés<sup>40</sup>. De hecho, antes del otoño de 2015, ya existían estímulos para que Italia y Grecia sabotearan clandestinamente los criterios de Dublín.

El déficit sistemático del sistema de asilo griego se agravó cuando se hizo notar que Grecia no podía ofrecer a los refugiados condiciones compatibles con la dignidad humana mientras que se cursaba el procedimiento de asilo, tal y como han establecido el TEDH y el TJ<sup>41</sup>, que, de este modo, en parte, dejaron sin vigencia el principio del primer Estado. La aplicación de su propio derecho por Alemania en septiembre de 2015 (art. 17 Dublín-III VO) fue finalmente un gesto humanitario frente a las circunstancias de los refugiados en Hungría, gesto que nunca se pensó como una medida meramente provisional. Por lo demás, es conocido lo sucedido después, así como el conflicto entre los Estados centroeuropeos y del este, e incluso entre Alemania y Austria. En resumen, puede decirse que ha fracasado el principio de solidaridad como columna central de la política migratoria común, en gran medida porque el SCEA era sistemáticamente deficitario en uno de sus puntos<sup>42</sup>. En mi opinión, el Sistema de Dublín solo podrá reformarse cuando los centros de acogida (*hot spots* – pensemos en los que hay ahora en Grecia e Italia–), queden vinculados a un adecuado sistema de reparto de cargas, como el que fracasó a principios de 2016<sup>43</sup>.

Otras propuestas de la Comisión se refieren a la mayor armonización del procedimiento de asilo y los criterios materiales, o a la construcción de una Agencia europea de asilo (EASO). Me parece obvio, en cualquier caso, que solo a nivel europeo se logrará un sistema coherente de los pilares del asilo, migración laboral y reunión familiar; las soluciones puramente nacionales, como el establecimiento provisional de fronteras, únicamente encuentran justificación temporal en Schengen hasta que se logre un sistema de reparto equitativo de cargas. La exigencia de la garantía y aplicación del derecho, reclamada mutuamente por colegas alemanes y austriacos en el curso de la crisis migratoria<sup>44</sup>, es difícil

40 THYM, op. cit. pp. 354 y 364.

41 TEDH, 3069/09, MSS/ Belgien und Griechenland; TJ, C-411/10 y C-493/10, N.S.

42 Sobre la relación entre solidaridad y eficiencia, BAST, op. cit., p. 151.

43 Dictamen para el Consejo de Migración, publicado en *Mediendienst Integration*, 8.1.2016.

44 Cfr. Dictamen de DI FABIO para el Gobierno de Bayer, «Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem», 8.1.2016; más al respecto, OBWEXER / FUNK, „Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20.1.2016 in Aussicht genommenen Richtwert», 29.3.2016.

de juzgar cuando el régimen normativo, al uso del sistema de Dublín, padece un déficit sistemático<sup>45</sup>.

## V. LA TUTELA DEL PRINCIPIO ESTADO DE DERECHO

El aspecto más importante de la crisis que afecta al pensamiento jurídico europeo es, no obstante, la tutela o vigilancia por parte de la Unión de las derivas de algunos Estados miembros contrarias al Estado de derecho. En este punto es clara la conexión con la cláusula de homogeneidad del artículo 2 del TUE. Conviene ofrecer algunos datos, aunque no vaya a realizar una exposición en profundidad de la garantía que ofrece el mandato de homogeneidad y el mecanismo sancionador del artículo 7 TUE<sup>46</sup>.

Los motivos para activar el procedimiento de tutela fueron, sobre todo, los acontecimientos en Hungría desde el segundo gobierno de Orban en 2010 y los recientes acontecimientos en Polonia, bajo el Gobierno PiS desde el verano de 2015. En Hungría se han dictado en total 320 leyes y una nueva Constitución en 2011, que a su vez prevé el cambio de cerca de treinta leyes cardinales, algunas de las cuales necesitan 2/3 para ser aprobadas<sup>47</sup>. Son manifestación del llamado «Estado iliberal» de Orban: ataques a los extranjeros, la amenaza de introducir la pena de muerte, la no aplicación de Dublín II-VO con el consiguiente retorno obligado de los refugiados, el retiro anticipado de los jueces y, últimamente, el intento abortado de convocar un referéndum en contra del reparto de cuotas de refugiados<sup>48</sup>. En junio de 2015, el Parlamento europeo adoptó una decisión sobre Hungría, en la que constataba una «amenaza sistemática del Estado de derecho»<sup>49</sup>, y remitía al documento elaborado en marzo de 2014 por la Comisión relativo al «marco para el refuerzo del

45 Véase mi trabajo, «Die Steuerung der Flüchtlingseinwanderung aus rechtlicher Perspektive», *Jahrbuch Frieden und Wissenschaft*, núm. 23, 2016, pp. 201 y ss. Otras propuestas de reforma en BAST, op. cit. A. LÜBBE, «Das Verbindungsprinzip im fragmentierten europäischen Asylraum», *Europarecht*, 2015, pp. 351 y ss.

46 S. SCHORKOPE, «Homogenität in der Europäischen Union. Ausgestaltung und Gewährung durch Art 6 und Art 7», *EUV*, 2000; del mismo autor «Wertesicherung in der Europäischen Union», *Europarecht*, núm. 2, 2016, pp. 147 y ss.

47 W. HUMMER, „Ungarn erneut auf dem Prüfstand der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie. Wird Ungarn diese Mal zum Anlaßfall des neu konzipierten «Vor Artikel 7 EUV» – Verfahrens?», *Europarecht*, núm. 5, 2015, p. 625 y ss.

48 HUMMER, op. cit., p. 626.

49 Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de junio de 2015, sobre la situación en Hungría (2015/2700(RSP)), ap. 10.

Estado de derecho»<sup>50</sup>. No obstante, al redactarse este trabajo –no hoy, al publicarse– todavía no se había iniciado el procedimiento del artículo 7 TUE.

En el caso de Polonia, la Comisión decidió abrir el llamado «procedimiento sobre el Estado de derecho», debido a la abrumadora presión del Gobierno del PiS sobre el Tribunal Constitucional, al menos desde 2015, gracias a su mayoría absoluta, aunque no suficiente para una reforma<sup>51</sup>. El conflicto alcanzó su punto álgido con los nombramientos del Tribunal y la reforma de su ley de organización, y existe el riesgo de que ese intento de control se extienda a los mecanismos de formación de la opinión pública. El llamado «procedimiento del Estado de derecho» o «procedimiento previo al artículo 7», fue desarrollado por la Comisión como una opción blanda entre la fuerza persuasiva de la política y el procedimiento sancionador del artículo 7 TUE, que fue calificado por el presidente Barroso como «el botón nuclear», admitiendo las dificultades que conllevaría su uso<sup>52</sup>.

El artículo 7 TUE habilita una intervención escalonada de la tutela de la Unión, tutela que se refiere a todos los valores del artículo 2 y no solo al «rule of law». El procedimiento se divide en la fase previa del apartado 1 y la principal del apartado 2 que por unanimidad del Consejo Europeo «podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2». A partir de aquí «el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo». En vista de las trabas y dificultades del procedimiento, que además requiere un continuo seguimiento (por ejemplo, mediante el barómetro de justicia)<sup>53</sup>, la Comisión ha activado el citado «marco para el refuerzo del Estado de derecho» destinado a evitar «déficit sistemáticos» del Estado de derecho mediante un sistema de alerta previa en forma de un diálogo entre la Comisión y los Estados miembros: requiere primero una valoración de la Comisión sobre las condiciones sistémicas del riesgo, luego una recomendación de la Comisión para eliminar el déficit dentro de un plazo y finalmente un seguimiento que comprueba y controla las medidas adoptadas, control que puede desembocar en el artículo 7 TUE<sup>54</sup>.

50 COM (2014), p. 158, 11.3.2014.

51 Con apertura de diálogo el 3 de enero de 2016.

52 Barroso en su discurso sobre el estado de la Unión en el Parlamento europeo, 12.9.2012.

53 Véase SCHORKOPF, op. cit., pp. 151 y ss.

54 Se trata en primer lugar de una posición formal de la Comisión, véase «Opinion on the Rule of Law in Poland», 1 de junio de 2016.

Es posible, al igual que ha hecho el Consejo, poner en duda que el artículo 7 TUE dé base jurídica suficiente para un sistema de alerta previa<sup>55</sup> y la aplicación del impreciso concepto jurídico de «déficit sistemático»<sup>56</sup>. Ciertamente se trata de un concepto que ha de ser concretado con la ayuda de diversos actores, entre ellos el gremio de expertos, entre los que ha de jugar un papel destacado la Comisión de Venecia<sup>57</sup>.

La Comisión sitúa el «rule of law» en el centro de su control, llamando la atención sobre el nervio central de los valores fundamentales, estrechamente vinculados con los derechos humanos y la democracia. Se trata de la garantía de la democracia en el Estado de derecho y no solo del respeto a los Gobiernos, legitimados por unas elecciones, que buscan desarrollar su programa.

Los valores y principios anclados en el artículo 2 TUE pertenecen a la identidad constitucional de la Unión en relación con sus Estados miembros. Por ello se ha de excluir una llamada a la identidad nacional (artículo 4.2 TUE) cuando se produce un ataque masivo a la independencia de la justicia y los medios de comunicación, pues se trata de valores constitucionales común europeos que toman la forma de principios e instituciones. No estamos ante reformas puntuales de la justicia constitucional; afectan al conjunto del contexto regulatorio y tienen la intención de limitar y dificultar la independencia del control judicial. La Unión no puede dejar pasar situaciones como la de Polonia, en las que la reforma de la ley de procedimiento busca impedir la toma de posesión de jueces ya elegidos o el jefe del Estado se niega a publicar las decisiones del Tribunal Constitucional en el Diario oficial, medidas que solo tienen la intención de obstaculizar y someter al Poder judicial.

Cabe preguntarse si este procedimiento logrará una tutela efectiva del Estado de derecho. En realidad, la Comisión, es, junto a los Estados miembros y el Parlamento europeo, uno de los actores que puede iniciar el procedimiento del artículo 7 TUE, lo que subraya la dimensión política de este tipo de tutela constitucional. La cuestión reside en saber si la Comisión, en cuanto que defensora de los Tratados, es el ente adecuado para una tutela constitucional preventiva, o si sería mejor que su papel se desempeñase en el procedimiento ordinario de control de cumplimiento (248-250 TFUE), a petición suya o de un Estado miembro. Es factible juzgar una

55 Véase el dictamen negativo del servicio jurídico del Consejo, 27.5.2014, Doc10296.

56 Sobre el concepto véase SCHORKOPE, op. cit., p. 156; A. V. BOGDANDY/IOANNIDIS, «Das systemische Defizit», *ZaöRV*, 2014, pp. 283 y ss.

57 Dictamen de la Comisión de Venecia «Opinion to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Court», 11/3/2016-CDL-AD (2016) 001

vulneración singular de los tratados debida a una grave lesión de la independencia judicial, o de la libertad de expresión, incluso si su resultado es solo la declaración de la vulneración de los Tratados, sin que implique la suspensión del derecho de voto. Sin duda, esta suspensión del derecho de voto sería una pérdida sensible para el Estado afectado, para hasta ahora solo es una «opción nuclear», una amenaza entre bastidores.

En mi opinión, sea desde un punto de vista teleológico o contextual, la unión del procedimiento sancionador del artículo 7 con el procedimiento del control de cumplimiento, no excluye una demanda del 258 contra un Estado miembro, o que tal demanda tenga una importancia menor cuando se trata de la vulneración de los valores constitucionales<sup>58</sup>. La Comisión, por tanto, podría concentrarse ante las vulneraciones concretas sin necesidad de probar un «déficit sistemático».

La posibilidad de que la Unión continúe siendo en su esencia identitaria una comunidad jurídica, pasa porque no se quede en la función de la Comisión como órgano de tutela, sino que desempeñe una verdadera justicia constitucional, que ha de corresponder al Tribunal de Justicia, intérprete auténtico y vinculante de los Tratados. De mantenerse esta exigencia, habría de reflexionarse sobre la oportunidad de que el Tribunal de Justicia emitiera un dictamen en el procedimiento preventivo del artículo 7.1 TUE para determinar la existencia de un concreto déficit en el Estado de Derecho; en estas circunstancias, el «procedimiento de Estado de derecho» sería en gran medida innecesario y el procedimiento del artículo 7 ganaría en densidad. A menudo se ha señalado al Tribunal de Justicia como el Tribunal Constitucional de la Unión, y esta función haría crecer su influencia sobre la aplicación de las competencias (art. 2 TFUE) y de la Carta<sup>59</sup>. Es cuestión de tiempo reforzar el papel de la justicia europea (art. 19), más aún cuando la independencia judicial en los Estados miembros está puesta en tela de juicio.

## VI. CONCLUSIÓN

Las reflexiones anteriores muestran un hilo común en la débil voluntad de aplicar el derecho en aquellos ámbitos en los que así lo permite el Derecho originario o derivado. A lo que se añade el riesgo de que los órganos políticos pierdan su

58 En otro sentido, SCHORKOPF, op. cit. pp. 106 y ss.; MANGIAMELI/SAPUTELLI, en BLANKE/MANGIAMELI (eds.), TUE, Art. 7, op. cit., p. 355.

59 V. SKOURIS, «Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union», *Europarecht*, 2015 Beiheft 2, pp. 9 y ss.

reputación al dar por descontado la oposición a la aplicación del derecho, visto el euroescepticismo rampante.

Un análisis concreto, por el contrario, muestra la distinta fuerza directriz del Derecho de la Unión:

En el caso de la crisis monetaria, que aún no ha sido superada, alcanzan su cota máxima las distintas culturas nacionales presupuestarias y de deuda pública, que solo han sido frenadas en parte a través de los tratados intergubernamentales y del pacto fiscal. En este contexto, una política de rígida austeridad sería defendible desde el punto de vista económico de ir acompañada de un espacio suficiente para las inversiones que activasen el crecimiento; al mismo tiempo, parece inevitable el ajuste de la burocracia ineficiente. Pero incluso si la tutela económica internacional tuviese éxito en Grecia, permanece la asimetría entre la unión monetaria y la económica. Así las cosas, una armonización mayor de la política presupuestaria y económica resulta necesaria para salvar la unión monetaria a largo plazo y conservar un elemento crucial de la identidad europea. Para aquellos Estados que comparten la moneda, no se trata simplemente de más o menos integración.

En el caso de la crisis migratoria, la integración diferenciada carece de sentido dentro de la recepción y reparto de refugiados, pues se trata de gestionar cargas comunes a toda la Unión. La integración diferenciada es solo una parte de la migración laboral, cuya gestión cuantitativa es competencia de los Estados miembros; a su vez, la vigilancia de las fronteras exteriores podría desarrollarse en el espacio de Schengen, bajo un régimen compartido por los Estados miembros. No obstante, la garantía común de las fronteras solo tendrá pleno sentido cuando participan en él todos los Estados miembros del sistema común de asilo, vinculados además mediante un mecanismo común de reparto de cargas que se ejecute directamente en los centros de recepción. Aquí también es razonable la solución de más integración a través del derecho, algo que ha reconocido la Comisión con su propuesta del año pasado. En efecto, la política de refugiados será exitosa más allá del mero altruismo, tomando la forma de un sistema recíproco de intereses comunes en defensa de un nivel mínimo de derecho internacional (y si esta construcción pasa por decisiones del Consejo, entonces tendrán que ser recurribles ante el Tribunal de Justicia). Por el contrario, la solución del aislamiento nacional solo servirá para acelerar el derrumbe de la Unión.

Finalmente, la tutela constitucional es una tarea central de la Comisión como defensora de los Tratados, pero también ha de corresponderle un papel fundamental al Tribunal de Justicia, tanto en el recurso de cumplimiento como en el proceso del artículo 7. El Tribunal de Justicia es el último intérprete de la Comunidad constitu-

cional, construida desde los valores y principios del artículo TUE. Solo así sobrevivirá como comunidad de derecho y valores.

Las reflexiones expuestas recogen una parte de la identidad europea, la cual se compone de otros muchos principios jurídicos comunes, que se incorporan y desarrollan en los ordenamientos de cada Estado miembro. Cuestión que sirve también para las restantes disciplinas jurídicas. El «*ius commune europaeum*» seguirá existiendo en tanto que la Unión siga teniendo capacidad de actuación.

La preocupación esencial no gira en torno a la indiscutible constitucionalización y europeización del orden jurídico nacional, sino que reside en la cuestión relativa a la constitucionalización del orden jurídico de la Unión. No versa sobre la profundización de la Unión a través de un poder constituyente o un nuevo Tratado a través del 48 TUE, sino en la garantía de los principios constitucionales y su irradiación sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. En fin, ya no parece que simplemente baste la primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión, tal y como ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia desde *Costa/Enel*.

Fr. Nußberger, jueza del TEDH, ha reflexionado sobre la ciudadanía europea y las paradojas inmanentes que impiden hablar hoy de Europa «como lugar del corazón»<sup>60</sup>, siendo más bien una institución cuyo fin obvio es la búsqueda del bienestar. Pareciese como si sesenta años después de una integración exitosa se desvaneciesen las premisas fundamentales sobre las que se construyó la Comunidad. Obviamente, este desarrollo puede explicarse de muchas formas, pero está claro que no basta con aclaraciones apoyadas en una sola causa. Tras el Brexit, han de buscarse propuestas político-jurídicas que persigan una mayor efectividad y claridad del principio de subsidiariedad<sup>61</sup>. Hay mucho que mejorar; por dar un ejemplo, sería recomendable distinguir entre un «tratado constitucional» y otro «legal». Pero esto ya va más allá de mi propósito –la crisis directriz del derecho–, entrando de lleno en el campo de la política constitucional.

Quisiera terminar con unas palabras de Hans Kelsen: «Quien sostenga la existencia de verdades y valores absolutos, debe prestar atención, no solo a su opinión, sino también a la de otros, a las opuestas, y aceptarlas al menos como posibles. El relativismo intelectual es la condición necesaria del pensamiento democrático»<sup>62</sup>.

60 «Was ist Europa», FAZ, 15.9.2016, p. 7.

61 Cfr. D. GRIMM, «Subsidiarität allein reicht nicht», FAZ, 1.11.2016, p. 16.

62 Cita extraída de SONTHEIMER, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, p. 181.

**Resumen**

*Este ensayo reflexiona sobre la capacidad directriz del Derecho de la Unión en atención a su situación actual. Para ello el autor distingue tres crisis: la monetaria, la migratoria y la tutela del Estado de Derecho. En las dos primeras destaca la debilidad del principio de solidaridad como regla jurídica. Y en la tercera la misma posibilidad de la Unión para garantizar los valores esenciales del constitucionalismo.*

**Palabras Claves**

*Derecho de la Unión, crisis, solidaridad, valores fundamentales.*

**Abstract**

*This paper reflects on the ability of European Law to arrange social matters. To reach this problem, the author distinguishes three crisis: monetary, migratory and the rule of law. The first two underline the weakness of solidarity as law principle. The third one the capacity of the Unión to guarantee the essential values of Constitutional law.*

**Key Words**

*Union law, crisis, solidarity, fundamental values.*

# ESTADO SOCIAL Y CRISIS ECONÓMICA. LOS NUEVOS DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO\*

SILVIO GAMBINO

*Profesor Ordinario de Derecho Constitucional. Universidad de  
Calabria*

## SUMARIO:

- I. Los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo.
- II. El Estado social y sus dificultades actuales.
- III. Crisis del Estado social y constitucionalismo europeo.
- IV. Derechos sociales y derechos fundamentales de la Unión.

## I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

1. En el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX (tras las dos guerras mundiales), con formulaciones de diversa intensidad y extensión en el reconocimiento y en el alcance de las situaciones jurídicas singulares, se establece una estrecha relación entre una concepción avanzada de la democracia, el modelo de Estado y los derechos fundamentales.

De forma distinta al primer constitucionalismo de corte liberal, tal relación se fundamenta en la ampliación de las situaciones jurídicas constitucionalmente protegidas y en una nueva concepción de la idea de libertad, ahora estrechamente ligada a la igualdad: no sólo la igualdad que procede de la tradición clásica, que considera intolerables las discriminaciones fundadas sobre diferencias de sexo, de religión y de raza, sino más bien un concepto de igualdad que considera inaceptables las discriminaciones fundadas sobre la capacidad económica o la posición social, en especial la discriminación por motivos económicos. Junto a los derechos clásicos de libertad,

\* Traducido del italiano por Alessandro Falbo.

los nuevos derechos –los derechos sociales– son asumidos como condiciones constitutivas, indefectibles, del principio constitucional de igualdad y, al mismo tiempo, del valor de la persona, de su dignidad.

Por lo que se refiere a estos derechos, la doctrina constitucionalista habla inicialmente de normas con destinatario preciso, de derechos condicionados o imperfectos, de principios rectores, de cláusulas constitucionales generales. Una parte de la doctrina, sin embargo, ha asumido que tal discrecionalidad no concierne tanto al *quid*, es decir, el contenido sustancial del derecho, sino más bien sólo al *quomodo*, «de tal forma que no se reduzca el contenido mínimo necesario hasta hacer ilusoria la satisfacción del interés protegido» (C. Mortati).

Sobre la base de tal aproximación doctrinal, que revaloriza el perfil programático de las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales y su naturaleza antes legal que constitucional, a partir de los años setenta del siglo pasado, la doctrina constitucional propone lecturas y tipologías más articuladas, entre las cuales destaca aquella que distingue entre derechos sociales condicionados (por ejemplo, artículos 4; 38; 34; 32.1; 38.3; 46 de la Constitución Italiana) y derechos sociales incondicionados (entre otros, artículos 36; 32.2; 37; 29; 30 de la Constitución italiana). Los primeros presuponen una intervención del legislador, del poder político, sobre el *quando* y sobre el *quomodo*; los otros, en cambio, tienen una estructura y una naturaleza tal que no necesitan de ulteriores intervenciones para su realización.

En cualquier caso, la experiencia constitucional de los Estados contemporáneos (sobre todo europeos), no siempre muestra una positivización de los derechos sociales fundamentales como situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas de forma comparable a otros derechos. En este sentido, los derechos civiles y políticos son reconocidos en todas las Constituciones europeas y son asumidos como base común de acción por gran parte de los Estados democráticos modernos.

Ciertamente, dada la forma en la que han evolucionado los Estados, sobre todo en el constitucionalismo posterior a la segunda guerra mundial, se afirman nuevas tipologías de derechos fundamentales fundados en la estrecha integración entre las nociones de libertad y de igualdad, individualizando una nueva familia de derechos –derechos sociales– a los que cabe atribuir una trascendencia similar a la conferida a las tradicionales libertades civiles.

Desde tal óptica, los principios en los que se inspiran las Constituciones europeas contemporáneas –que son también principios de desarrollo democrático y de justicia social– amplían el catálogo liberal de los derechos, insertando una libertad relativa a la necesidad. Materializan el derecho de exigir, en sentido jurídico, prestaciones para asegurar a la persona y al ciudadano al menos un mínimo de seguridad

y de justicia social, así como una distribución material equitativa que haga a los hombres «libres e iguales en dignidad y derechos».

Justamente en este vínculo de los derechos civiles y políticos con los sociales reside uno de los aspectos más profundos del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX. Inaugura un nuevo estadio de los derechos humanos, centrado justamente en su tutela, o sea, en la colocación de los mismos sobre un fundamento de respeto más sólido a aquel representado por la ley del Estado.

Así, si en el ordenamiento del Estado liberal los derechos existen a través de la ley, en el Estado social (del constitucionalismo de la segunda posguerra) existen a través de la Constitución, que representa algo más y distinto respecto a la ley. Los principios, los valores y los derechos fundamentales que la Constitución contempla y que la sociedad comparte representan por ello mismo un patrimonio que debe salvaguardarse del dinamismo de intereses que por definición refleja la ley. Pero ello es sólo posible en la medida en que tal patrimonio se entienda como una dotación jurídica de sus titulares, superior a la ley y protegido frente a sus contingencias.

De este modo se explica la concepción normativa de la Constitución y su ubicación –en la segunda mitad del siglo XX– en la esfera más alta del ordenamiento donde los derechos dejan de ser una regla dada por el legislador para convertirse en pretensiones subjetivas absolutas (que se corresponden con la evolución cultural y política del siglo XX) y que más bien preceden al propio Estado, limitando su poder. Así, el constitucionalismo contemporáneo realiza un desplazamiento desde la ley hacia la Constitución, que transforma los derechos fundamentales en derechos inviolables.

La Constitución crea un espacio para los derechos humanos y su normatividad garantiza la certeza de estos derechos que se transforman –después (y a causa) de Auschwitz– en el fundamento universal de la convivencia civil y la democracia. Además de representar las directrices de la actuación del Estado constitucional y del derecho internacional, así como el fundamento de la organización plural de la sociedad, los derechos fundamentales también definen los contornos de un derecho más amplio que los asume como ineludible presupuesto de convivencia pacífica entre los Estados, contribuyendo a marcar los caracteres de esta nueva época solemnemente celebrada por Norberto Bobbio como «la edad de los derechos».

En el renacimiento de los derechos humanos propio de la segunda mitad del siglo pasado, es posible reencontrar las raíces culturales de una época que trata de librarse para siempre de los fantasmas del pasado atribuyendo (a través de las Constituciones y el derecho internacional) validez jurídica a los principios que desde

hace más de un siglo han estado latiendo de forma autónoma en la conciencia de los pueblos.

Las Constituciones aprobadas al final de los totalitarismos de los primeros años cuarenta del siglo XX representan el punto de llegada de una evolución constitucional, pero ejemplifican también la meta de una experiencia constitucional madura que presta una tutela más adecuada al nuevo modelo del ordenamiento jurídico-constitucional. En suma, en el principio de la supremacía de la Constitución se refleja la histórica exigencia de no dejar el sistema de protección de los derechos y libertades a la mera protección del principio de legalidad y de hacer de la misma un instrumento de garantía, de dirección, de protección y de promoción.

## **II. EL ESTADO SOCIAL Y SUS DIFICULTADES ACTUALES**

Los problemas de la puesta en práctica del Estado social son bien conocidos. Todo depende de la fortaleza del presupuesto público y en consecuencia de la disposición del gasto público necesario para garantizar el ejercicio de los derechos sociales por parte de los respectivos titulares; si, de hecho, el sistema económico entra en crisis y no crece la riqueza conforme a las expectativas, las finalidades del Estado social (inevitablemente) se convierten en irrealizables para la ley que ha de actualizarlas.

En este sentido, queremos ahora proponer algunas reflexiones esenciales acerca de la problemática efectividad de los derechos fundamentales.

La crisis económica de la última década en los países europeos, según una opinión muy extendida, choca con la soberanía de los Estados, menoscabando, al mismo tiempo, los derechos fundamentales (sobre todo, pero no solo) sociales, afectando a su estatuto inderogable de derechos de ciudadanía. Desde esta perspectiva, los márgenes de decisión de los legisladores nacionales están condicionados por la necesidad de respetar el equilibrio presupuestario, más aún ahora que está garantizado constitucionalmente, asegurando así un respeto de las directrices europeas. Sin duda, estas circunstancias contribuyen a reducir la protección.

En verdad, la crisis del Estado social no representa solo el fracaso de un modelo político de la economía, que tuvo el mérito histórico de haber permitido la paz social en el régimen capitalista, sino que representa también el riesgo de una gradual descomposición del Estado constitucional que asume la dignidad del hombre como premisa y finalidad de su actuación.

El condicionamiento financiero de las políticas públicas redistributivas dirigidas a realizar el proyecto constitucional de la igualdad y de la justicia social y a garantizar la efectividad de los derechos, hace que la crisis del Estado social se manifieste

no solo como crisis fiscal del Estado sino también como crisis constitucional, como una verdadera crisis democrática.

Dada la reducción de los recursos públicos y de la limitación de las prestaciones administrativas, se pone en cuestión la exigibilidad (y con ella la justiciabilidad) de los derechos fundamentales sociales, caracterizados –estos últimos– como situaciones jurídicas financieramente condicionadas; tal circunstancia hace que el Tribunal Constitucional se tenga que enfrentar ante los requisitos objetivos de los recursos disponibles y de las finanzas públicas, todo ello reforzado ahora por las reglas constitucionales.

En conclusión, la doctrina constitucional no parece expresar dudas acerca de la naturaleza preceptiva de los derechos constitucionales sociales y, por lo tanto, acerca de su directa aplicabilidad en cuanto situaciones jurídicas constitucionalmente garantizadas, pero tampoco discute la necesaria provisión financiera. Por tanto, el Juez constitucional ha de afirmar la necesidad de garantizar los derechos como atributo esencial de la forma de Estado, aunque debiendo subrayar en su jurisprudencia la apreciación de la necesaria gradualidad de la protección, de la discrecionalidad del legislador y por último, más recientemente, de las exigencias constitucionales de equilibrio de las finanzas públicas, que conllevan un evidente impacto limitativo sobre las prestaciones administrativas y sobre la protección judicial de los derechos sociales.

El límite insuperable establecido por la Corte Constitucional en el ámbito de los derechos sociales (sobre todo respecto a la salud y a la asistencia social) está constituido por el respeto del «núcleo esencial» según un parámetro constitucional, el de la dignidad humana. Este parámetro, de todas formas, es más bien incierto (en el sentido de su plena disponibilidad en las manos del intérprete constitucional), fungible en su ponderación con otros bienes constitucionales, es decir como vértice sobre el cual producir el equilibrio.

### **III. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONALISMO EUROPEO**

La larga experiencia de las constituciones del siglo XX, que se inicia con un re-apoderamiento de lo económico por parte de lo político, parece llevarnos en su conclusión hacia un Estado cada vez menos soberano, mero espectador y caja de resonancia de grandes procesos económicos y decisionales, que se desarrollan más allá de sus fronteras geopolíticas, que escapan con su dinamismo, haciendo inciertos los procesos nacionales de toma de decisiones.

Nacido para gobernar la economía, el Estado social termina por doblarse ante sus exigencias, sus tendencias, sus fuerzas; fuerzas que se suman y germinan, determinando la crisis del Estado soberano y, con ella, incluso el mismo (riesgo de) quebrantamiento del mundo democrático, de sus instituciones, de sus leyes, tal y como han sido consolidadas en las tradiciones constitucionales de los países europeos.

A la afirmación de la mundialización de los procesos económicos, le corresponde, así, una crisis de la soberanía de los Estados contemporáneos provocada por la creciente centralidad del mercado y del contrato como categorías paradigmáticas de un nuevo constitucionalismo «conservador», capaz de fundar nuevas interpretaciones de las mismas normas constitucionales en la base de los modelos del Estado social propio de las constituciones europeas tras la segunda guerra mundial.

En este marco, la amplitud de la crisis en la que se debate el Estado contemporáneo como Estado constitucional (social, democrático, de derecho) induce a repensar los *topoi* clásicos del constitucionalismo, es decir, los límites impuestos constitucionalmente a los poderes para la tutela de los derechos fundamentales.

Si la crisis del Estado ha abierto una crisis profunda de la Constitución tanto en su aspecto garantista como en su función directriz, en cualquier caso, no ha faltado la necesidad de orden, de certeza y de seguridad que ha justificado (y que justifica) su existencia, así como su carácter normativo. La necesidad de alcanzar un equilibrio razonable entre conservación e innovación constitucional, los reenvíos a una Constitución mundial, o al menos europea, demuestran que, en el escenario del nuevo siglo, la Constitución todavía se considera un momento que integra a la sociedad y ordena los poderes y las instituciones. En este escenario, la idea de un «sistema constitucional europeo» parece haberse convertido en el punto de coagulación de dicha exigencia, la respuesta formal a los poderes generados por la globalización de los mercados y por el policentrismo de los poderes públicos, es decir por el pluralismo de los centros de decisión tecnocrática y por el polimorfismo de las instituciones democráticas.

La integración europea, en su proceso dinámico, suaviza y transfigura los cánones constitucionales del siglo XX, abriendo una fase de transición profunda que agranda los horizontes espaciales del constitucionalismo y de la democracia, aunque no siempre, ni con la misma intensidad. El sistema constitucional europeo, en esta perspectiva, está todavía lejos de replicar los cánones tradicionales de la democracia representativa, que es ya parte integrante de la cultura política y de la tradición jurídica de los ordenamientos constitucionales occidentales. Aunque el Parlamento europeo ha incrementado y reformulado sustancialmente su propio papel en los

últimos años, no posee todavía capacidades decisionales comparables a las de los parlamentos nacionales de los Estados miembros de la Unión.

Las decisiones más importantes, de hecho, están prevalentemente a disposición de los ejecutivos de cada Estado («los señores de los tratados») y de la tecnocracia europea, con el resultado, seguramente ambiguo, de que en el sistema de la Unión el órgano representativo carece de una adecuada capacidad de decisión y, a su vez, los órganos con capacidad de decisión, aunque no carezcan de representatividad (de primer nivel), terminan por carecer de legitimidad. Este déficit de legitimación constitucional (más que democrática) que se aviva bajo una política de la Unión concebida principalmente, no por el órgano directamente representativo de las comunidades nacionales, sino por las mayorías políticas que éstas son capaces de expresar y, sobre todo, por las fórmulas de inter-gobernabilidad a la que se acude en ausencia de un verdadero gobierno europeo de la economía, no es el único aspecto en el que el constitucionalismo europeo se demuestra deficitario si se examina bajo el perfil democrático.

También en lo que concierne a la efectividad de los derechos fundamentales, el sistema constitucional de la Unión no es (todavía) capaz de asegurar garantías análogas a las ofrecidas por el constitucionalismo nacional, sobre todo en su experiencia de posguerra, demostrando cómo la sustancia concreta de los derechos todavía es tutelada por el constitucionalismo nacional.

Resulta claro, así, que las (reiteradas) connotaciones tecnocráticas del sistema constitucional de la Unión, convierten al Estado, en su actual evolución, en una realidad poco apta para ampliar los horizontes de la democracia y de los derechos; parece todavía más evidente que su derecho fragmentado no lleva a prefigurar de forma inequívoca un proceso lineal de reproducción de largo alcance de los cánones constitucionales del siglo XX.

El constitucionalismo europeo, en este sentido, asumiría de forma progresiva los poderes y las competencias de los Estados nacionales, reduciendo la esencia misma de sus constituciones, pero sin intentar seguir sus huellas, reflejar sus principios, o conmemorar sus valores, desplegando hacia el futuro (europeo y nacional) una débil trama institucional en la que parece verdaderamente difícil crear una nueva época de los derechos y de las libertades. Esta es, creemos, la reflexión central del constitucionalismo multinivel, en el que todavía se debe profundizar (art. 53 Carta de Niza/Estrasburgo).

La crisis del Estado social reside en el condicionamiento financiero exterior de las políticas públicas redistributivas llamadas a dar actuación al proyecto constitucional de igualdad y justicia social; bienes constitucionales –estos últimos– que no

constituyen concesiones *octroyées* (según una concepción de «Estado-providencia») sino (en todos los sentidos) obligaciones jurídicas (según la arquitectura del Estado constitucional social).

Frente a dicho condicionamiento de la discrecionalidad legislativa y de la ponderación estatal, impuesta (o autoimpuesta) por las instituciones europeas, el riesgo evidente, pues, es que los derechos, y no necesariamente solo los sociales, no cuenten con recursos capaces de sostener los correspondientes servicios públicos en aplicación de las funciones propias del Estado social. En un escenario de reducción de los recursos públicos disponibles, se menoscaba la misma justiciabilidad de los derechos fundamentales (sociales y no). Dicho riesgo parece todavía más evidente cuando se reflexiona sobre la aplicación de las nuevas (discutibles) previsiones de la Constitución, que remiten a la ley la tarea de disciplinar al conjunto de administraciones públicas, para lograr, durante las fases negativas del ciclo económico, que el Estado asegure la financiación de los niveles esenciales de las prestaciones y de las funciones fundamentales relativas a los derechos civiles y sociales.

Un condicionamiento similar, como se ha observado, impacta de manera problemática sobre la misma exigibilidad de los derechos fundamentales, convirtiéndolos en derechos financieramente condicionados, y descarga en el Juez constitucional la decisión de concretar el equilibrio (a través de la ponderación) entre sostenibilidad financiera y efectividad del disfrute de los derechos sociales. Así, el riesgo evidente no es tanto la reformulación de un modelo social europeo –nunca desplegado hasta sus últimas consecuencias– sino más bien el impacto negativo impuesto por la *austerity* europea en el *welfare* nacional, en el conjunto de derechos sociales y en el mismo principio de solidaridad, verdaderos contralímites frente a una pretendida noción de primacía generalizada del derecho primario de la Unión sobre el derecho constitucional nacional, en lo que se refiere a los principios y a los derechos fundamentales.

Con carácter introductorio al tema que queremos tratar ahora, cabe resaltar que un enfoque constitucionalista correcto no es tanto aquel que se limita a leer la estructuración de los poderes constitucionales y el catálogo de los derechos tal y como han sido codificados en las cartas constitucionales sino, más bien (respetando un enfoque metodológico inspirado en el criterio de la efectividad) aquel que se presta a examinar las problemáticas reales generadas por los acontecimientos concretos del constitucionalismo, entendido como limitación del poder y como tutela efectiva de los derechos.

Con la intención de perseguir dicha finalidad, en el escenario mutable y evolutivo de las formas económicas contemporáneas (cada vez más dependientes de un marco económico y financiero internacionalizado), y para asegurar, como premisa

necesaria en este marco, la aplicación de los principios constitucionales de justicia social, hace falta remarcar cómo el enfoque de este tema obliga a basarse en una concepción normativa de la Constitución (relativa tanto a la estructura y a las relaciones entre poderes constitucionales como a la efectividad de los derechos, sobre todo de aquellos sociales) a través de la cual se podrá alcanzar una conclusión sobre la misma efectividad de la democracia.

Y es justo en el seno de esta concepción normativa de la Constitución –guía y límite de los actos legislativos– que se ha de comprender su supremacía, a la luz de la inmediata vinculación a los principios y a las normas fundamentales, que constituye el aspecto más novedoso y original del constitucionalismo contemporáneo. Y desde esta perspectiva han de afrontarse los posibles conflictos que pueden surgir en la relación entre derecho constitucional interno y derecho de la Unión.

#### **IV. DERECHOS SOCIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN**

La reflexión sobre el tema aquí tratado nos lleva a resaltar la lenta aparición, a nivel europeo, de los derechos fundamentales, fruto de la obra de una jurisprudencia creativa entre los años 60 y 70 y el relativo desarrollo de los «nuevos» tratados de la Unión. En su última versión (Lisboa 2007), estos últimos, como se sabe, han extendido su fuerza jurídica a la «Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», que había sido formulada como mero documento político (Niza, 2000).

Pese al fuerte y problemático impacto de la crisis económica (ya presente en los Países europeos a partir de los 80 del siglo pasado como «crisis fiscal del Estado»), la Carta, a partir de su integración en los tratados, se presenta como un verdadero *Bill of Rights* del derecho de la Unión destinado a replantear y reforzar el futuro desarrollo del proceso de integración europeo. La Carta seguramente dará resultados dispares, pero, esto, de algún modo, es reflejo simultáneo de las diferencias entre el conjunto de valores y de derechos recogidos en la Carta y las actuales políticas de *austerity* de la Unión y de las autoridades monetarias internacionales.

De un lado, la Carta determina el comienzo de un proceso constituyente material destinado a concluirse (en el momento en que sea políticamente necesario) con la afirmación de un definitivo constitucionalismo europeo, cuando (y si) los pueblos europeos optan por esta posibilidad. De otro lado, se hacen cada vez más evidentes los límites estructurales del proceso de construcción europea al haber constituido una unión monetaria sin una unión política, tomando en préstamo las palabras de Jürgen Habermas.

El silencio de los tratados originarios en materia de derechos sociales ha sido interrumpido, como ya se ha apuntado, a principios de los 70, gracias a una muy valiente jurisprudencia creativa del Juez de la Unión. A partir de la mitad de los 90 en adelante, (sobre todo) con los tratados de Ámsterdam, Niza y por último Lisboa, superando un retraso que se presentaba como objetivamente problemático, el legislador europeo se ha hecho cargo de codificar dicha orientación jurisprudencial, llegando, en el ámbito de la previsión de una «política social europea», a la toma de conciencia de la existencia de derechos sociales, todavía simplemente reconocidos (y muy poco garantizados) por la Carta social europea (1961, sucesivamente modificada en el 1996) y por la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores (1989). Los primeros constituyentes habrían así incurrido en un exceso de confianza en el papel de auto propulsión del mercado y de su relativa capacidad de crear condiciones sociales adecuadas respecto a las finalidades de cohesión y de integración social y económica.

Sin llegar a las formulaciones recogidas en las cartas constitucionales europeas de postguerra, con el Tratado de Lisboa se ha logrado una (más sólida) codificación de derechos. Ello ha ocurrido tanto con las previsiones de la Carta europea de los derechos fundamentales, como a través de las garantías de los derechos fundamentales previstas por la CEDH (que entran a formar parte del derecho de la Unión como principios generales) y de la garantía de los derechos previstos y reconocidos por cada una de las disposiciones de tutela estipuladas en los «nuevos» tratados.

Respecto a los derechos sociales procede aludir a las previsiones de la Carta europea de los derechos, sin olvidarse nunca de que una verdadera política europea de derechos sociales no ha sido tipificada todavía en los tratados, si con esta terminología se pretende hacer referencia a su naturaleza jurídica y a su relativa justiciabilidad tal y como está garantizada en las cartas constitucionales europeas tras la segunda guerra mundial.

En relación con los problemas interpretativos generados por la relación entre ordenamiento constitucional nacional y ordenamiento de la Unión, desde hace tiempo las cortes constitucionales nacionales (con la italiana y alemana a la cabeza), en materia de *primauté* europea sobre los ordenamientos nacionales, utilizan las previsiones recogidas en el art. 53 de la Carta (pero también aquellas del art. 4 TUE) como parámetro jurisdiccional capaz de asegurar mayores garantías personales, siendo posible determinar el tipo de ordenamiento y el juez responsable de asegurar al demandante la protección más elevada de los derechos y de las libertades (respecto a todas las previsiones abstractamente disponibles). De todas formas, bajo un perfil sustancial, es indudable que no puede hacerse una verdadera comparación, respecto

a cada disposición, entre las garantías previstas y garantizadas por la Carta de Niza/Estrasburgo y aquellas aseguradas por las Cartas constitucionales nacionales y por las correspondientes protecciones judiciales.

Podemos observarlo mejor en virtud de las referencias a aquellos casos judiciales en los que el Juez de la Unión ha mantenido una posición jurisprudencial (por lo menos) discutible. Es particularmente evidente a través del análisis de la relación entre derechos sociales y libertades económicas a la luz del constitucionalismo multi-level. Pero también en el supuesto Melloni, donde, de la actuación del juez español, puede deducirse la falta de contralímites a la lectura hecha por el Juez de la Unión respecto al conjunto de relaciones (jerárquicas en la práctica) entre normas europeas (en materia de orden de detención y de derecho procesal penal) y disposiciones constitucionales nacionales (en materia penal y procesal).

De acuerdo con estas decisiones, para el Juez de la Unión, el nivel de protección es aquel más elevado para cada persona tal y cómo ha sido reconocido («en el correspondiente ámbito de aplicación») por las disposiciones del art. 53 de la Carta (que, a su vez, recogen textualmente las previsiones del art. 53 CEDH y del art. H de la Carta social europea). En la perspectiva de dicha tutela multinivel, por lo tanto, nada parece haberse modificado con la inderogabilidad de las garantías reconocidas a los derechos fundamentales previstos en la Carta constitucional, en caso de que sean más favorables a la protección del demandante, respecto al resto de las previsiones de garantía previstas en el art. 53 de la Carta.

A la hora de sancionar el carácter subsidiario del nivel de protección asegurado por dicha Carta respecto al nivel (en caso de que sea más elevado) garantizado por el derecho nacional, el art. 53 de la Carta arroja importantes dudas sobre el alcance de la primacía del derecho de la Unión y sus límites. Esta es la cuestión (en particular, pero no solo) que plantea la sentencia Melloni (26 de febrero de 2013, C-399/11) – en lo relativo a las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos nacionales en materia penal y procesal (orden de detención europea)– pero también la cuestión surgida (entre otras) por las famosas sentencias Viking, Laval y Rüffert en lo atinente a las relaciones entre libertades económicas europeas y derechos sociales previstos en las constituciones nacionales.

Sobre la extensión del ámbito material de los derechos consagrados en la Carta (y en otras disposiciones específicas de los tratados de la Unión), pese a la imposibilidad de modificar las competencias de la Unión (a menudo remarcada en los tratados), los «nuevos» tratados instituyen la adhesión de la Unión a la CEDH, estableciendo, al mismo tiempo, que los derechos fundamentales garantizados por este Convenio y por las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros

forman parte del derecho primario de la Unión en calidad de principios generales (a respetar y a promover, en el espíritu del art. 51.1 de la Carta).

Junto al patrimonio constitucional europeo (reconstruido en vía pretoriana a partir de la famosa triada de sentencias, *Stauder*, *Internationale* y *Nold*, y sucesivamente también a través de actos normativos del Parlamento europeo), las normas citadas en el párrafo anterior concurren a definir un *acquis communautaire* al que la Unión, para su propia consolidación, asigna la finalidad de garantizar «un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el respeto de los derechos fundamentales así como de los diversos ordenamientos jurídicos y de las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros» (art. 67 del TFUE).

«Confirmando su adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho» (tal y como se afirma solemnemente en el Preámbulo), la Unión expresa la voluntad de afrontar «una nueva etapa» en el proceso de integración europea comenzado con la creación de las Comunidades europeas, en el marco del pleno respeto por parte de la Unión a la igualdad sustancial de los Estados miembros ante los tratados y de su identidad nacional caracterizada por sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales (art. 4.2 TUE).

Los nuevos tratados marcan una mayor y más intensa codificación de los derechos fundamentales, pero no se puede afirmar que los catálogos de dichos derechos correspondan aún a los catálogos (más evolucionados) recogidos en las constituciones nacionales. Respecto a estas últimas, además, en la Carta europea de los derechos faltan principios fundamentales que puedan utilizarse como criterio interpretativo a seguir a la hora de equilibrar las distintas protecciones previstas en materia de derechos fundamentales europeos, renviando su relativo equilibrio al juez en cada caso, según un principio de proporcionalidad que, por esta razón, resulta «invertido» tal y como ha destacado la doctrina.

Dicho de forma breve, también en la perspectiva de las nuevas disposiciones en materia de derechos sociales recogidas en los nuevos tratados, estaríamos demasiado cerca todavía de formas débiles de protección de los derechos sociales, según lo previsto por el art. 151 del TFUE, y en virtud del cual la Unión y los Estados miembros tienen en consideración los derechos sociales fundamentales (como aquellos recogidos en la Carta social europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores), persiguiendo el objetivo de la promoción del empleo, de la mejora de las condiciones de vida y del trabajo, que permita su igualdad en el progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo

de los recursos humanos capaz de permitir un nivel de ocupación elevado y duradero en la lucha contra la marginación.

El marco normativo europeo, en esta perspectiva, por lo tanto, queda todavía marcado por una evolución muy lenta del derecho de la Unión europea hacia políticas de desarrollo y de cohesión compatibles con los derechos, y para cuya tutela será necesario interrogarse acerca de las cuestiones surgidas por la primacía del derecho constitucional interno o del originario de la Unión en hipótesis de situaciones (abstracta y/o concretamente) asimétricas (y también antinómicas).

Respecto al papel de la jurisdicción europea y al de las jurisdicciones nacionales en lo relativo a la efectividad de los derechos (sobre todo) sociales, la doctrina constitucional así como la laboralista, desde hace tiempo remarcan que al menos determinados derechos sociales (sobre todo en materia laboral) conocen una infiltración por parte del derecho de la competencia y del mercado que altera sustancialmente su consistencia, mientras que para los derechos sociales clásicos las problemáticas de su efectividad residen, más que en las formas administrativas y en los correspondientes servicios públicos, en la ponderación realizada por el Juez de las ley entre bienes constitucionalmente equiparables. Un equilibrio en el cual (en virtud de la ley constitucional n. 1/2012) asume un relieve central la constitucionalización del *Fiscal Compact* y la consiguiente revisión (del art. 81) de la Constitución.

En este marco, los «nuevos» tratados, muestran cómo –pese a la importante codificación de los derechos sociales a través de la Carta europea de los derechos– estamos todavía en presencia de formas débiles de protección, poco comparables con las tradiciones y las previsiones constitucionales de los Estados europeos, dando relevancia a la jurisprudencia de los contralímites, pese a que parte de la doctrina (de manera incomprensible) la considera superada por superflua y (por lo tanto) inútil en virtud de la reciente evolución legislativa de la Unión.

Respecto a la jurisprudencia europea en materia de los derechos sociales de los trabajadores de rango constitucional, atendiendo a lo concreto, los problemas surgen tanto en el plano interno como en el europeo, ya que la Carta, aunque garantiza una protección multinivel de los derechos (art. 53 de la Carta) no asegura en el ámbito de las relaciones laborales un estándar europeo de garantías claro y respetuoso de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión.

Se observa una escasa armonía en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia entre niveles constitucionales nacionales y la Unión europea, tanto respecto al parámetro jurídico utilizado como respecto a los resultados que proceden de la ponderación en la garantía de los derechos fundamentales sociales (de los trabajadores). En este sentido, la doctrina constitucional llama la atención sobre la necesidad

de oponer unos límites a la primacía generalizada del derecho de la Unión sobre el derecho constitucional nacional de la libertad y de los derechos tal y como han sido garantizados en las constituciones nacionales.

Teniendo en cuenta una perspectiva constitucional, la postura a la que tiende este enfoque jurisprudencial puede, incluso, suponer el riesgo de vaciar el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva, puesto que dichas disposiciones, aunque gozan de la fuerza que a las mismas les otorga la previsión constitucional, poseen una menor resistencia respecto a la *vis expansiva* de las libertades económicas europeas; y no parece que dicha posición del juez de la Unión pueda cambiar en virtud de la previsión del art. 28 de la Carta europea de los derechos.

### **Resumen**

*Este trabajo analiza el lugar de los derechos sociales en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, en especial bajo la categoría de derechos fundamentales. Estudia sus problemas de normatividad y, en especial, conecta esta cuestión con los objetivos del constitucionalismo de la Unión y su Carta de derechos fundamentales.*

### **Palabras Clave**

*Derechos sociales, derechos fundamentales, constitucionalismo europeo, Carta de derechos fundamentales.*

### **Abstract**

*This paper analyzes the places of social rights in the context of contemporary constitutionalism, for all under the light of fundamental rights. It goes through its problem of normativity, question that is linked to the purposes of the Union constitutionalism and its Fundamental Rights Charter.*

### **Key Words**

*Social rights, fundamental rights, European constitutionalism, Fundamental Rights Charter.*

Recibido: 11 de mayo de 2017

Aceptado: 11 de junio de 2017

# «LOS CONTRA-LÍMITES EN SERIO» Y EL CASO TARICCO: EL LARGO RECORRIDO DE LA TEORÍA HASTA LA RESPUESTA CONTUNDENTE PERO ABIERTA AL DIÁLOGO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

SILVIA ROMBOLI

*Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de  
Doctrina del Tribunal Constitucional*

## SUMARIO:

- I. La evolución progresiva de los «contra-límites»: de simple amenaza a instrumento operativo.
- II. Las modalidades para prevenir o reducir las contradicciones entre los jueces nacionales y los tribunales europeos.
- III. Las consecuencias de la interpretación del art. 325 del TFUE del Tribunal de Justicia en la Sentencia Taricco: las diferentes reacciones de los jueces ordinarios italianos en la aplicación de la normativa sobre prescripción y medidas contra el fraude fiscal.
- IV. Los comentarios de la doctrina y las hipótesis sugeridas para la solución de la cuestión de legitimidad constitucional planteada en vía incidental.
- V. La respuesta de la Corte constitucional: la decisión de abrir un diálogo, con algunos puntos firmes.
- VI. Una primera conclusión: el juez constitucional, actor principal en el diálogo con el Tribunal de Justicia cuando estén en juego valores constitucionales.
- VII. Segunda conclusión: la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo planteada por la Corte constitucional como evidencia de la voluntad de un diálogo entre cortes (un ejemplo nítido en el Auto 24/2017).

## I. LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LOS «CONTRA-LÍMITES»: DE SIMPLE AMENAZA A INSTRUMENTO OPERATIVO

El «caso *Taricco*», a cuyo análisis están dedicadas estas páginas, ha atraído la atención de la gran mayoría de la doctrina italiana. No obstante, la trascendencia del caso supera las fronteras nacionales, pues puede fácilmente suponerse que, tanto las que podrían definirse fases intermedias como la resolución del mismo, tienen

repercusiones en las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea; y asimismo, visto bajo otro prisma, entre jurisdicciones nacionales (ordinarias y constitucional) y aquel tribunal supranacional<sup>1</sup>.

En efecto, el caso objeto de este estudio ha añadido una pieza de extrema importancia al conjunto de las relaciones a las que se ha aludido hace un momento: la decisión de la Corte constitucional<sup>2</sup> sobre qué rol debe asumir, respecto del Tribunal de Justicia, cuando se le hayan planteado cuestiones de inconstitucionalidad por algunos jueces ordinarios, dada una supuesta contradicción entre los principios supremos del Derecho estatal y una normativa de la Unión Europea, según la interpretación sentada en una decisión anterior por el Tribunal de Luxemburgo<sup>3</sup>.

La Corte italiana, como se explicará, no se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión planteada (o, mejor dicho, sobre las distintas cuestiones planteadas), sino que ha elevado al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial de interpretación del Derecho de la Unión Europea, aunque al mismo tiempo ha realizado afirmaciones de extrema importancia que tienen sin duda un peso decisivo en la continuación del asunto, que se encuentra ahora a la espera de la decisión del Juez de Luxemburgo<sup>4</sup>.

1 En efecto, como se verá más adelante, el caso *Taricco* será ocasión para que el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie en el futuro sobre la interpretación de algunos de los preceptos más relevantes en estos ámbitos, como son el art. 53 de la Carta de los Derechos de la Unión Europea y el art. 4.2 TFUE.

2 Auto de la Corte constitucional de 26 de enero de 2017, n. 24.

3 La Corte de casación y el Tribunal de apelación de Milán plantearon respectivamente dos cuestiones de legitimidad constitucional sobre el art. 2 de la Ley de 2 de agosto de 2008, n. 130 (*Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007*), en particular sobre aquella parte de la normativa que da efectividad al art. 325 TFUE, según la interpretación establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14, *Taricco*. Se ha destinado el párrafo 3 de este escrito al análisis de los efectos y consecuencias de esta decisión del TJUE en el ordenamiento italiano que llevaron a la necesidad del planteamiento de las cuestiones incidentales de legitimidad constitucional ahora citadas.

4 El mismo Abogado General Yves BOT, en sus Conclusiones al asunto C-42/17 presentadas en fecha 18 de julio de 2017 (respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la Corte constitucional con el Auto 24/2017), afirma que la Corte constitucional italiana no utiliza el instrumento de la prejudicial eurounitaria pidiendo simplemente una aclaración o interpretación respecto del Derecho de la UE, sino que añade los consejos que considera oportunos para orientar la respuesta del TJUE de manera que no resulte necesaria la activación del procedimiento de los «contra-límites» (§ 10).

El día 5 de diciembre de 2017 el Tribunal de Justicia resolvió con una Sentencia de la Gran Sala la cuestión prejudicial planteada por la Corte constitucional italiana, cuando este trabajo se encontraba ya

El gran interés del caso *Taricco* deriva ciertamente del debate que ha generado sobre la temática relativa a los «contra-límites», identificados en los principios fundamentales y los derechos inviolables de las personas y especificados hace tiempo, sobre todo por la jurisprudencia italiana y alemana, como límites a la penetración (que en alguna circunstancia ha podido aparecer como una verdadera «invasión» en las competencias estatales) del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en los ordenamientos nacionales<sup>5</sup>.

Los contra-límites han sido durante mucho tiempo considerados como una suerte de declaración de las Cortes constitucionales para poner de manifiesto su propia competencia en la defensa de los principios básicos del ordenamiento nacional, antes que un instrumento al que recurrir en un momento concreto.

No se puede obviar, asimismo, que otra razón del interés por el caso en cuestión derive igualmente del momento peculiar en el que ha acaecido respecto a la integración en la Unión Europea y a las relaciones entre los jueces nacionales (entre ellos las Cortes constitucionales) y el Tribunal de Justicia. La teoría de los «contra-límites» ha experimentado, en efecto, a partir de su propia afirmación, una lenta pero progresiva transformación en su significado y en su efectiva potencialidad. La misma temática, como ha quedado de manifiesto en los trabajos de doctrina más autorizada, viene inevitablemente a entretenerse con las cuestiones relativas a las relaciones entre los jueces nacionales, señaladamente las Cortes constitucionales y el Tribunal de Luxemburgo, en algunas ocasiones en sentido colaborativo, en otras de inevitable lucha por la supremacía.

Podría entonces ser útil dedicar algunas breves consideraciones a estas dos problemáticas, inter-conexas entre ellas, que pueden favorecer el entendimiento de la resonancia del caso.

en fase de publicación. Por esta razón, y por el hecho de que el análisis aquí desarrollado tenga como eje principal interrogarse sobre el valor que adquiere el Auto 24/2017 de aquella Corte en el diálogo entre Tribunales y en la evolución de la teoría de contra-límites, el artículo no examinará el contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2017.

5 Sobre la teoría de los «contra-límites» pueden citarse, entre otros: F. VECCHIO, *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades: consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015; G. AMOROSO, «Sui contro-limiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità», *Foro italiano*, I, 2013; F. VECCHIO, «Primacía del Derecho europeo y contralímites como técnicas para la relación entre ordenamientos», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 17, 2012, p. 67-102; A. TIZZANO, «Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, Vol. 12/3, 2007, p. 734-744.

Sobre el primer aspecto (evolución del significado y de la efectiva potencialidad de los contra-límites), me parece útil recordar la primera «auténtica» afirmación de la existencia de unos «contra-límites» realizada por la Corte constitucional italiana hace casi treinta años, en la que se halla un claro precedente respecto al contenido del Auto 24/2017, a pesar de la diferente solución final, lo que hace eco del distinto momento histórico en el que se emitieron las dos decisiones.

En aquella resolución dictada en 1989<sup>6</sup>, la Corte constitucional abordó por vez primera de manera explícita y refiriéndose al caso concreto sobre el que tenía que pronunciarse (es decir, dejando de aproximarse a la temática con meras declaraciones generales y abstractas como había hecho hasta entonces) el problema de una eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables por parte de una disposición del que, en aquel entonces, era el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). El asunto llegó a la atención de la Consulta a través de una cuestión de inconstitucionalidad que tenía por objeto una norma nacional, enjuiciándose la parte en la que la ley estatal había introducido una disposición en el ordenamiento italiano en razón de la ratificación del Tratado.

Se trataba en concreto del art. 177 del TCEE, que, según la interpretación establecida por el TJUE, consentía al Tribunal de Justicia limitar la eficacia *ex tunc* de la declaración de invalidez de un reglamento comunitario, pudiendo incluso impedir su aplicación en el juicio principal en el que se originaba el proceso incidental y prejudicial dirigido a obtener una decisión del Tribunal de Justicia sobre la interpretación o validez del Derecho de la Comunidad Europea. Las dudas se volcaban al contrastar esta disposición con la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en particular con el derecho de defenderse en juicio, consagrada en el art. 24 de la Constitución italiana.

En aquella ocasión la Consulta reivindicó y sentó<sup>7</sup> de manera inequívoca su propia competencia para juzgar la eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables por parte del Derecho comunitario (ahora Derecho de la Unión Europea o «eurounitario»), además de afirmar con firmeza la naturaleza de derecho fundamental del derecho de defensa como patrimonio inviolable y principio fundamental del ordenamiento italiano. La Corte constitucional manifestó sus

6 Sentencia de la Corte constitucional de 21 de abril de 1989, núm. 232.

7 La Corte constitucional, en realidad, reiteró algunas afirmaciones (hasta aquel momento pronunciadas sólo de forma general y abstracta) ya expresadas anteriormente en relación con la teoría de los contra-límites; véanse las Sentencias de la Corte constitucional de 27 de diciembre de 1973, núm. 183, y de 8 de junio de 1984, núm. 170.

«graves perplejidades» sobre la compatibilidad entre el contenido esencial del derecho de defensa y la disposición del Tratado (según la interpretación establecida por el Tribunal de Justicia), apuntando en realidad, a la vista del tono de su declaración y los argumentos que enunciaba, a una (cuando menos) solida sospecha o indicio de incompatibilidad. Si se prefiere, una inconstitucionalidad interiorizada y sugerida, prácticamente comprobada, aunque no declarada, como acreditara la frase «lo que es sumamente improbable es en cambio siempre posible», que insinuaba que las afirmaciones contenidas en la resolución podrían parecer meras advertencias, pero habrían podido concretarse posteriormente en una declaración de inconstitucionalidad. La cuestión, no obstante, se resolvió en aquella ocasión con un pronunciamiento de carácter procesal. La Corte constitucional, tras subrayar cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en ese punto no podía considerarse consolidada, estimó que la cuestión incidental de constitucionalidad era inadmisibile por falta de relevancia.

En suma, después de haber manifestado su perplejidad sobre el fondo del asunto he insistido en afirmar la posibilidad de recurrir a los «contra-límites», prefirió la Corte dejarlo en una advertencia y no ir más allá de lo insinuado. Como veremos, sí avanzará en cambio en esa línea, en el pasado solo sugerida, al dictar el Auto número 24 de 2017, sobre el caso *Taricco*. En definitiva, distintas reacciones en distintos momentos históricos.

Un acercamiento progresivo a la decisión del caso *Taricco* nos detiene con carácter previo en otras dos decisiones recientes de la Corte constitucional, aunque no se ocupasen de las relaciones con el ordenamiento de la Unión Europea sino, antes bien, de la problemática (de algún modo similar y de todo punto vinculada) de los límites que los principios supremos del ordenamiento nacional oponen a la introducción de regulaciones que provengan de otro ordenamiento y que los contradigan.

El primer caso se refiere a unos juicios instados ante un juez ordinario italiano contra la República Federal de Alemania en los que tres ciudadanos italianos pedían una indemnización por daños sufridos durante la Segunda Guerra Mundial por haber sido capturados por las fuerzas militares de aquel país y deportados a la entonces Alemania nazi. Frente a la pretensión de estos sujetos se hizo valer la inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados con respecto a actos considerados de «*iure imperii*», de acuerdo con lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en la Sentencia de 3 de febrero de 2012. El juez italiano, que, en aplicación de dicha doctrina, carecía así de jurisdicción para resolver la controversia y condenar, en su caso, al Estado alemán, consideró oportuno plantear tres cuestiones idénticas de legitimidad constitucional suspendiendo los respectivos procesos ordinarios en relación con la normativa nacional que comprometía la República italiana al respeto,

entre otras obligaciones<sup>8</sup>, de la tradición internacional reconocida en la Sentencia del CIJ ahora aludida.

La Corte constitucional afirmó su competencia exclusiva, en razón del reconocimiento en Italia de un sistema concentrado de control de constitucionalidad, en orden a la posibilidad de determinar barreras o límites –los que se denominan comúnmente «contra-límites» para el Derecho de la Unión Europea– a la incorporación de normas internacionales generalmente reconocidas cuando entren en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y con los derechos inalienables de la persona humana. Y concluyó, con base en ello, que la normativa objeto de las cuestiones contradecía el derecho de defensa dirigido a la tutela de los derechos fundamentales de la persona. De suerte que, siguiendo ese parámetro de control y ejerciendo la propia competencia evocada en el pronunciamiento, declaró inconstitucional la obligación de que el juez italiano se adecuase a la Sentencia de 3 de febrero de la CIJ, que le habría impuesto la negación de su jurisdicción en el enjuiciamiento de actos de un Estado extranjero que representen crímenes de guerra y contra la humanidad, lesivos de los derechos inviolables de la persona<sup>9</sup>.

El segundo supuesto concierne, en cambio, a las relaciones entre el ordenamiento estatal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La cuestión se refería a la regulación de la expropiación urbanística en el caso de parcelaciones abusivas verificadas en procedimientos concluidos con absolución por prescripción del encausado; en estos supuestos la jurisprudencia consolidada de la Corte de casación estimaba que la expropiación podía decretarse también en presencia de una causa extintiva del delito, siempre y cuando se hubiese probado la subsistencia de una subdivisión o parcelación abusiva en sentido objetivo y subjetivo.

8 Para datos más precisos sobre el objeto de estas cuestiones de inconstitucionalidad, se remite al contenido de la Sentencia de la Corte constitucional de 22 de octubre de 2014, núm. 238.

9 Véanse las consideraciones contenidas en el Fundamento Jurídico 5.1 de la Sentencia de la Corte constitucional de 22 de octubre de 2014, núm. 238.

Sobre las finalidades de la utilización del instrumento de los contra-límites en este caso concreto pueden consultarse las reflexiones de M. BRANCA, «Il punto sui "controlimiti"», *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 3900 y ss., y de M. LUCIANI, «I controlimiti e l'eterogenesi dei fini», *Questione giustizia*, 2015, núm. 1, p. 84 y ss. P. VERONESI, «Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014», *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 485 y ss., se interroga sobre la utilidad de la aplicación del filtro del art. 10 de la Constitución italiana (utilizado en el caso en examen) también a la introducción de las normas de la Unión Europea.

La Corte de Estrasburgo, llamada a decidir sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de quien se había visto involucrado en procesos semejantes, en una decisión de 2013, conocida en doctrina como «caso *Varvara*», reconoció en concreto la violación del art. 7 del Convenio (CEDH) para el caso en el que la expropiación fuera decretada por un juez penal con sentencia absolutoria por extinción del delito por prescripción<sup>10</sup>.

Posteriormente, la Corte de casación tuvo que resolver otro caso análogo a los antes descritos, esta vez aplicando la normativa interna según la interpretación establecida por el Tribunal Europeo en la Sentencia *Varvara*. El juez italiano consideró entonces oportuno plantear una cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte, pues la regulación que resultaba de la intervención del Juez supranacional contrastaba en su opinión con varios preceptos y principios de la Constitución italiana<sup>11</sup>.

La Corte constitucional afirmó que, aunque el juez nacional tenga la obligación de interpretar la ley de manera conforme con el Convenio Europeo, este deber queda siempre subordinado a que interprete las leyes respetando los principios constitucionales, «pues tal forma de proceder testimonia el predominio axiológico de la Constitución sobre el CEDH»<sup>12</sup>. El Juez constitucional quiso precisar además que, si se presentara un contraste entre dos interpretaciones (una formulada en conformidad con el Convenio, otra con la Constitución), «el juez debe obediencia ante todo a la Carta constitucional»; por esta razón, en caso de duda, deberá plantear una cuestión de legitimidad constitucional de la ley italiana respecto de la normativa que haya incorporado el Convenio al ordenamiento nacional.

La Corte constitucional, entonces, reafirmando la naturaleza «sub-constitucional» del Convenio y por tanto la superioridad de la Constitución, quiso señalar que el juez nacional no puede considerarse un simple e inerte receptor de la jurisprudencia europea, sino más bien un sujeto que dialoga con las jurisdicciones supranacionales. En consecuencia, lo que se impone es solo un «derecho consolidado» que provenga del Tribunal Europeo de Estrasburgo, no derivándose ninguna obligación para el juez nacional de aplicar la doctrina contenida en pronunciamientos que no expresan una dirección y jurisprudencia arraigada<sup>13</sup>.

10 Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Sentencia 29 de octubre de 2013, asunto *Varvara c. Italia*.

11 Auto de la Corte de casación de 20 de mayo de 2014, núm. 209.

12 Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, núm. 49.

13 El «intercambio» entre los tribunales nacionales (ordinarios y constitucional) y el Tribunal de

## II. LAS MODALIDADES PARA PREVENIR O REDUCIR LAS CONTRADICCIONES ENTRE LOS JUECES NACIONALES Y LOS TRIBUNALES EUROPEOS

El segundo de los dos aspectos antes apuntados (relaciones entre órganos jurisdiccionales de distintos niveles u ordenamientos), conexo muy estrechamente al primero que se acaba de analizar (evolución de la noción de contra-límites), es el que puede evocarse a través de la expresión «tutela multinivel» o, más aún, y en consideración de las observaciones que siguen, «diálogo entre tribunales»<sup>14</sup>.

Estrasburgo sobre esta temática empezó ya con la sentencia de 20 de enero de 2009, caso *Soc. Sud Fondi c. Italia*, a la que siguió la Sentencia de la Corte constitucional de 24 de julio de 2009, núm. 239. Para una reconstrucción detallada de toda la evolución v. R. ROMBOLI, «Nota a sentenza», *Il Foro Italiano*, núm. 5, mayo de 2016, p. 1623-1637.

14 Sobre la temática del «diálogo entre tribunales» pueden verse, entre otros: A. SAIZ ARNAIZ, «La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo», en A. SAIZ ARNAIZ, J. SOLANES MULLOR, J. E. ROA ROA (directores), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 29-43; L. M. LÓPEZ GUERRA, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias», en V. GIMENO SENDRA, M. T. REGUEIRO GARCÍA (coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, p. 21-43; A. SÁIZ ARNAIZ, «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo», en L. M. LÓPEZ GUERRA, A. SÁIZ ARNAIZ, (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, p. 153-185; L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015; P. RIDOLA, «La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 18, 2012, p. 217-248, y del mismo autor, «Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa», en P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010; A. RUGGERI, «Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive (Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa, 4-5 giugno, 2010)», *www.archivio.rivistaaic.it*; F. BALAGUER CALLEJÓN, «Los Tribunales constitucionales en el proceso de integración europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 7, 2007, p. 277-294; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; A. TIZZANO, «La Corte di Giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 839 y ss; A. SPERTI, «Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente», *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 y ss; F. SORRENTINO, «Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1355 y ss.

Es difícil negar que, junto con indiscutibles beneficios, la aprobación de diferentes Cartas de Derechos (tanto a nivel nacional como a nivel supranacional), cuyos contenidos coinciden en muchas ocasiones, y la previsión de diferentes jueces y tribunales con la específica competencia de garantizar el respeto y la observancia de cada una de ellas, ha terminado por generar también evidentes problemas, de un lado, de coordinación entre fuentes del Derecho y, de otro, en la interpretación de estas mismas. Ha resultado, asimismo, evidente que la multiplicación de los instrumentos de tutela o de las vías de acceso a los diversos Jueces no es de por sí una expresión de mayor tutela y que, junto a los efectos ciertamente positivos, surge también la necesidad de evitar que se presenten conflictos o contradicciones en la jurisprudencia de los distintos tribunales encargados de la protección de unos mismos derechos.

Por estas razones, han nacido y se han difundido muchas teorías con la finalidad, de un lado, de proporcionar una cierta sistematización entre las fuentes del Derecho para lograr la integración de estas Cartas supranacionales en el sistema de fuentes nacionales; y, de otro, de encontrar una conexión entre mecanismos de tutela o entre las distintas jurisdicciones (en particular, las europeas con las estatales). Observando los posibles métodos que pueden utilizarse para tal fin, una vez descartado tanto el principio de jerarquía como el de competencia –de difícil aplicación concreta en estos supuestos–, el criterio que ha prevalecido en la doctrina ha sido el de la colaboración y cooperación entre todos los diferentes niveles de tutela, tanto en el ámbito nacional como en los distintos ámbitos supranacionales<sup>15</sup>. Se empezó, entonces, a hablar de «diálogo entre jueces», con el significado de una confrontación (en el sentido de una «comparación»), de un intercambio, en opinión de algunos casi «sin límites»<sup>16</sup>, entre las distintas jurisprudencias y motivaciones de unos y

En algunas ocasiones la doctrina se ha expresado en sentido más crítico, hasta reconocer el «abuso del concepto de diálogo»: G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

15 Para obviar los problemas que pueden derivar de la presencia de una multiplicidad de Cartas de Derechos y de Jueces para su protección, L. M. LÓPEZ GUERRA, («Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho europeo*, núm. 49, enero-marzo, 2014, p. 12) postula instaurar medidas de coordinación entre estas normativas y estos órganos que «aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos».

16 En este sentido, véase la abundante producción de A. RUGGERI, que en varias ocasiones ha sostenido la importancia y sobre todo la enorme utilidad del instrumento del diálogo. Entre otros, pueden verse: «Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno

otros<sup>17</sup>, con el propósito evidente de incrementar el nivel de protección de los derechos fundamentales, ámbito de actuación que no puede considerarse objeto de una competencia de un órgano específico, pues constituye un fin común que perseguir con cualquiera de los medios disponibles.

A la vista de todo ello, los Jueces constitucionales y la doctrina han propuesto diferentes métodos o modalidades para intentar prevenir o, cuando menos, reducir los momentos de contradicción o divergencias sobre cuestiones similares (o en ciertos casos idénticas) que lleguen al examen de las distintas jurisdicciones. De esta forma se busca evitar la emisión de resoluciones que contengan soluciones no coincidentes, circunstancia que puede ocurrir como consecuencia de las diferentes normativas de referencia y de las distintas finalidades perseguidas por cada órgano jurisdiccional, y obtener la armonización de los contenidos de las diferentes jurisprudencias.

Puede citarse, en este sentido, el instrumento de la valoración «sustancial» de la jurisprudencia europea, elaborado por la Corte constitucional italiana. Este criterio consistiría en buscar el resultado de la tutela máxima de los derechos fundamentales, a saber: llevar a cabo una valoración sustancial comporta que, en caso de comprobarse un diferente nivel de tutela entre la aplicación, de un lado, de una normativa o jurisprudencia nacional y, de otro, una europea (generándose así un contraste entre las dos), el ordenamiento italiano tendrá en cuenta y aplicará la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo solo si ésta reconoce un grado de tutela del derecho en cuestión superior al nacional (Sentencia de la Corte constitucional 311/2009). Ciertamente constituye un método de reducción o resolución de los conflictos el criterio del «margen de apreciación estatal»<sup>18</sup>, que se aplicaría con el objetivo de que

(a prima lettura di Corte cost. núm. 49 del 2015») y «Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?», ambos en *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2015*, XIX, Giappichelli, Torino, 2015, p. 157 y ss. y p. 533 y ss.

17 Pueden verse, a este respecto: A. LA PERGOLA, «Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 2419 y ss.; M. CARTABIA, A. CELOTTO, «La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza», *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4477 y ss.; M. CARTABIA, J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995; M. CARTABIA, «Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, p. 1016 y ss.; G. SPERDUTI, «Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare», *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, p. 791 y ss.

18 Sobre el margen de apreciación nacional pueden verse, entre otros: J. GARCÍA ROCA, *El*

el Estado pueda apartarse de la jurisprudencia del tribunal supranacional. También pueden mencionarse el criterio de la tutela más «contundente» de la Constitución nacional respecto a la ofrecida por el CEDH o por la Carta de los Derechos de la UE, que permitiría a los tribunales nacionales (especialmente al Constitucional) seguir aplicando su doctrina sobre el contenido y alcance de un determinado derecho fundamental, cuando a nivel nacional la protección del mismo es más intensa. Merece una mención el método que la doctrina ha definido de los «actos de desobediencia institucional»<sup>19</sup>. Con esta expresión se identifican aquellas hipótesis en las que un órgano jurisdiccional nacional decide apartarse de la jurisprudencia del órgano supranacional pero con la finalidad manifiesta de estimular el diálogo entre Cortes, por ejemplo aportando motivaciones y argumentos que solicitan una reconsideración sobre el fondo por parte de la jurisdicción supranacional, en la convicción que se haya dado una lectura no correcta de la normativa estatal o evidenciando la dificultad de introducir una determinada interpretación en el ordenamiento jurídico nacional<sup>20</sup>.

Entre los instrumentos para instaurar el diálogo entre tribunales, quedará manifiesto que puede sin duda incluirse el empleado por la Corte constitucional con el Auto 24/2017, es decir, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, con el fin de someter al juicio y a la apreciación de éste una duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión supuestamente en contraste con el Derecho interno.

Mientras el sistema de impugnaciones parece expresivo del principio de jerarquía, por el contrario, la cuestión prejudicial se inspira en la colaboración. Piénsese en el control de constitucionalidad de las leyes activado en vía incidental en el nivel nacional, en el que el juez ordinario plantea al Juez constitucional una cuestión que

*margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; y del mismo autor, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 117-143.

19 G. MARTINICO, «Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"», *Diritto penale contemporaneo*, 2015.

20 Asimismo, también en este ámbito de estudio dedicado a los métodos de resolución de los contrastes entre jurisdicciones, es oportuno volver a citar que la Corte constitucional italiana ha establecido una diferenciación entre la jurisprudencia consolidada y no consolidada del TEDH, afirmando que se considerará vinculada sólo a la primera, mientras que podrá apartarse de aquella jurisprudencia que no exprese una dirección arraigada. Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, núm. 49, v. *retro*, texto y nota 12.

éste resuelve con una resolución que, en cualquier caso, será fruto de una colaboración entre las dos jurisdicciones (ordinaria y constitucional)<sup>21</sup>.

Uno de los aspectos más relevantes en relación con esta temática estriba, como ya se ha apuntado, en la posibilidad de producirse un considerable aumento de las hipótesis de contradicciones entre las decisiones de las jurisdicciones nacionales y las del Tribunal de Justicia (así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

A este respecto, y justo con la finalidad de limitar estos episodios de discordancia, que en los últimos años varias Cortes constitucionales hayan decidido «por primera vez» acudir al Tribunal de Luxemburgo mediante la cuestión prejudicial constituye a todas luces una circunstancia verdaderamente significativa en el tema del dialogo entre jueces, en particular por lo que concierne a la relación entre los Jueces constitucionales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>22</sup>.

21 Dicho esto, es difícil negar que las cuestiones prejudiciales (o incidentales) sean del todo ajenas a un cierto grado de jerarquización, puesto que el juez que decide suspender el juicio para pedir la intervención de otro y diferente juez que resuelva su duda está casi siempre vinculado a la respuesta que proviene del órgano al que se ha dirigido (a menos que se trate de opiniones no vinculantes, como en el caso del instrumento previsto en el Protocolo núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o en el caso de las sentencias meramente interpretativas que en ciertas ocasiones emitan los tribunales constitucionales).

22 Lo hicieron el Tribunal Constitucional español en 2011, el *Conseil constitutionnel* francés en 2013, la *Corte costituzionale* italiana en el mismo año en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes en vía incidental (en 2008 la misma Corte había planteado una cuestión prejudicial en el seno de un recurso en vía principal —es decir, a través del recurso de inconstitucionalidad—), y el *Bundesverfassungsgericht* alemán en 2014.

Abundante es la doctrina sobre la primera cuestión prejudicial ante el TJUE planteada por el Tribunal Constitucional español. Solo para mencionar algunos trabajos: A. AGUILAR CALAHORRO, «La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, p. 471-512; J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea», *Diario La Ley*, núm. 7726, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2011, Año XXXII, 2011; M. REVENGA SÁNCHEZ, «Rectificar preguntando. El TC acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)», *Revista española de Derecho europeo*, núm. 41, 2012, p. 139-150.

Sobre el caso francés (*Conseil constitutionnel*, auto de 4 de abril de 2013) pueden verse, entre muchos otros: A. DROIN, «Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario sobre la decisión QPC del Conseil constitutionnel del 4 de abril de 2013, núm. 2013-314P, respecto a la orden de detención europea», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 29, 2014, p. 71-83; S. CATALANO, «Il primo rinvio

La doctrina ha señalado, entre las razones que probablemente impulsaron este fenómeno, tanto la preocupación de los Tribunales constitucionales de poder recibir una condena por no haber ejercitado la prejudicial de la UE, como el reconocimiento a la Carta de Derechos de la Unión Europea de la misma fuerza normativa que la de los Tratados de la Unión Europea<sup>23</sup>. Esta segunda circunstancia, en efecto, ha puesto de relieve cómo los asuntos que involucraban a los derechos fundamentales, de un lado, y a las libertades económicas (tradicionalmente terreno de intervención de las instituciones de la Unión Europea y sujeto a su potestad e influencia), de otro, no podían seguir considerándose como dos realidades autónomas e independientes entre sí. Se manifestaba, por lo tanto, la necesidad de que también los Tribunales constitucionales participaran en el debate sobre la ponderación entre derechos

pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria», *Rivista AIC Osservatorio*, octubre de 2013; A. ROVAGNATI, «Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel», *Quaderni costituzionali*, 2013, núm. 3, p. 641 y ss.

En Italia, como ya he mencionado, el primer reenvío prejudicial ante el Juez de Luxemburgo fue planteado en el seno de un recurso de inconstitucionalidad (Auto de la Corte constitucional de 15 de abril de 2008, núm. 103). Sin embargo, ha despertado sin duda mucho más el interés de la doctrina el segundo planteamiento de una cuestión semejante por parte de la Corte constitucional, esta vez durante un procedimiento de control de las leyes en vía incidental (Auto de 18 de julio de 2013, núm. 207). Sobre el primer auto pueden verse: T. GIOVANNETTI, «L'ultimo passo del "cammino comunitario" conduce la Corte a Lussemburgo», *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 5 maggio 2009; L. PESOLE, «La Corte ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza núm. 103 del 2008», *Federalismi.it*, núm. 15/2008, p. 1-15. Sobre el auto de 2013 pueden mencionarse, entre otros: B. GUASTAFERRO, «La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza núm. 207 del 2013», *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 ottobre 2013, p. 1-10; L. UCCELLO BARRETTA, «La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio incidentale», *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, novembre 2013, p. 1-7.

Sobre el caso alemán (Tribunal constitucional federale alemán, auto de 14 de enero de 2014) v. G. DELLEDONNE, «La "prima volta" di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle outright monetary transactions», *Centro studi sul federalismo, Commenti*, 13 de febrero de 2014, núm. 25; A. DI MARTINO, «Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BverfG», *Federalismi.it*, 19 de febrero de 2014.

23 Sobre el tema véanse las observaciones de R. ROMBOLI, «Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo», en A. CIANCIO (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014, p. 490 y ss., y en *Rivista AIC – Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 3/2014, p. 431 y ss.

fundamentales y libertades económicas, evitando así la exclusión de los máximos intérpretes de las Constituciones nacionales y su frecuente puenteo por parte de los jueces ordinarios nacionales en favor del Tribunal de Justicia.

Finalmente, entre los métodos e instrumentos de «intercambio» entre jurisdicciones que se acaban de enumerar, cada vez adquiere más peso la posibilidad de una concreta aplicación de la teoría de los «contra-límites» como respuesta y reacción frente a las interpretaciones del Derecho de la Unión proporcionadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre todo en consideración de la eficacia del contenido de sus decisiones como fuente del Derecho. Esto nos lleva, tal y como se anticipó, al examen, en las próximas páginas, del «caso *Taricco*» y de los problemas que ha puesto hasta ahora de manifiesto.

### III. LAS CONSECUENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 325 DEL TFUE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN LA SENTENCIA *TARICCO*: LAS DIFERENTES REACCIONES DE LOS JUECES ORDINARIOS ITALIANOS EN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PRESCRIPCIÓN Y MEDIDAS CONTRA EL FRAUDE FISCAL

El «caso *Taricco*» trae causa de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano al Tribunal de Justicia en el ámbito de un procedimiento penal que reaccionaba frente a la constitución y organización de asociaciones con la finalidad de cometer delitos en materia de IVA, que comportaban la lesión de los intereses financieros de la Unión Europea.

El objeto concreto de la cuestión prejudicial residía en la conformidad con el Derecho de la UE de la regulación nacional de la prescripción, que dispone que la interrupción de la misma no puede comportar en ningún caso el aumento de más de un cuarto del tiempo necesario para que aquella llegue a verificarse, teniendo como efecto práctico un cierto grado de impunidad<sup>24</sup>. En ese sentido, el juez italiano hacía notar que, si fuese posible inaplicar tal regulación, se aseguraría una más eficaz correspondencia con la finalidad procurada por el Derecho de la Unión y expresada en el art. 325 TFUE, de acuerdo con el cual «*los Estados miembros combatirán el fraude y*

<sup>24</sup> El juez ordinario planteó la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad entre los artículos 160.3 y 161.2 del Código penal italiano en su lectura conjunta (cuyos textos pueden consultarse en <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>), y el mencionado art. 325 del TFUE.

*toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros».*

El Tribunal de Justicia, además de afirmar su propia competencia en materia de sanción del fraude fiscal<sup>25</sup>, estableció en su Sentencia que, si bien es cierto que los Estados tienen libertad de elección sobre las sanciones aplicables, deben sin embargo asegurarse de que en casos de fraude existan sanciones penales efectivas y de carácter disuasivo, avanzando también la hipótesis de ilicitud, de acuerdo con la lógica propia del *tertium comparationis*, cuando tales medidas sean menos eficaces que las adoptadas para combatir casos de fraude de gravedad similar que lesionan intereses financieros nacionales. La Corte de Luxemburgo estimó por tanto que si el juez nacional llegase a la conclusión de que las disposiciones nacionales no cumplen con las obligaciones de la Unión Europea relativas al carácter efectivo y disuasivo de las penas, aquél deberá garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE no aplicando tales disposiciones.

En conclusión, el Tribunal sostuvo que si se constatará que la legislación nacional sobre la prescripción trajera como resultado que no se inflijan sanciones efectivas y disuasorias en «*un número considerable de casos de fraudes graves que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea*», el juez nacional debería dar cumplimiento al art. 325 TFUE, soslayando, cuando fuere necesario, las disposiciones nacionales que tuvieran el mencionado efecto, dado que las mismas estarían impidiendo que el Estado miembro cumpliera con las obligaciones derivadas de aquella disposición del Tratado. La verificación de la existencia de las circunstancias que permitirían la inaplicación se confiaría así a la discrecionalidad del juez ordinario nacional<sup>26</sup>.

25 Constituye un precedente en esta materia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, asunto *Akerberg Fransson*, causa C-617/10, que ha considerado aplicable el principio de «*ne bis in idem*» a los actos ilícitos en materia fiscal respecto del ordenamiento nacional, en relación con una controversia estimada por R. CALVANO («Un caso di frode fiscale, occasione per riflessioni di rilievo costituzionale nel rapporto tra diritto Ue e diritto interno e Cedu», *Giurisprudencia costituzionale*, 2013, p. 3615 y ss.) «*ictu oculi*» integralmente atinente al Derecho interno, por no referirse a la aplicación de normas que desarrollan el Derecho de la Unión.

En doctrina, véanse también: P. COSTANZO, «Le principe "non bis in idem": concurrence ou complémentarité entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de Justice de l'Union Européenne?», *Consultaonline.it*, núm. II, 2015, p. 554-566; P. COSTANZO y L. TRUCCO, «Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo», *Consultaonline.it*, núm. III, 2015, p. 851-872.

26 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 8 de septiembre de 2015, asunto

Las respuestas de los jueces italianos a la decisión del TJUE han sido inmediatas y heterogéneas. En un primer pronunciamiento, la Corte de casación decidió no dar efectos a la norma nacional en cuestión, invocando la sentencia del Juez europeo y considerando concurrentes las condiciones de inaplicación<sup>27</sup>. La casación estimó también que no se daban las condiciones para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pues «es evidente la falta de contra-límites y de dudas razonables sobre la compatibilidad de los efectos de la inaplicación impuesta con las normas constitucionales italianas» y que no se constataba «ninguna duda de inconstitucionalidad»<sup>28</sup>; en efecto, siguió el Tribunal italiano, la Sentencia de la Corte de Justicia no repercute sobre la regulación y los plazos de la prescripción, afectando solo a la duración máxima de la interrupción de ésta (disposiciones que palmariamente no gozarían de la cobertura constitucional *ex art. 25.2* de la Constitución).

Por el contrario, la Corte de apelación de Milán concluyó que debía plantear cuestión de constitucionalidad de la norma italiana que introducía el Tratado, en la parte de la que se desprende el efecto interpretativo sobre la normativa italiana derivado de la Sentencia *Taricco* y la consiguiente inaplicación de dicha normativa incluso en los casos en los que la inaplicación produjera consecuencias desfavorables para el imputado, invocando la vulneración del art. 25.2 de la Constitución italiana. En este caso el juez italiano invocó expresamente la presencia de «contra-límites», que habrían imposibilitado en este caso la aplicación de la interpretación del TJUE. La jurisprudencia constitucional, en efecto, había sentado anteriormente la doctrina sobre el contenido de la mencionada disposición constitucional, afirmando que las normas sobre prescripción deben considerarse normas de derecho penal sustantivo (y no simplemente procesal) y que por esta razón sus eventuales modificaciones en *malam partem* no pueden ser aplicadas en los procesos que se refieren a hechos producidos anteriormente respecto de dichas alteraciones (resultado que sí provocaría la aplicación de la decisión del Tribunal de Justicia)<sup>29</sup>.

En otra ocasión, la Corte de casación apreció en cambio que en el caso enjuiciado no se daban los elementos desencadenantes de la doctrina *Taricco*, toda vez que

*Taricco*. En esta ocasión el TJUE se ha interrogado sobre la posible violación de los derechos fundamentales de los destinatarios de la normativa, sobre todo en relación con el respeto del principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales incriminadoras (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), resolviendo en sentido negativo y considerando que la desaparición de la normativa nacional tendría solo como efecto no permitir una reducción del plazo de prescripción.

27 Sentencia de la Corte de casación de 17 de septiembre de 2015.

28 *Ibidem*.

29 Auto de la Corte de apelación de Milán de 18 de setiembre de 2015.

no se trataba de un delito «grave» y que el delito ya había sido declarado prescrito. Esto es, que la Sentencia *Taricco* alcanzaba solo a hechos aún no prescritos en la fecha de su publicación (3 de septiembre de 2015). El planteamiento de una cuestión de inconstitucional se estimó, por tanto, no relevante para el juicio en curso<sup>30</sup>.

El tema volvió a examinarse por la Corte de casación, quien elevó cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional a través de un amplio y elocuente auto de remisión<sup>31</sup>, y que llevará a ésta a plantear una cuestión prejudicial al TJUE, como se expondrá en las páginas siguientes. Merece la pena, por su trascendencia, analizar sus trazos esenciales.

En primer lugar, algunas observaciones generales. La primera se refiere a la motivación que realiza de que la Sentencia *Taricco* trasciende los límites de la competencia que el Tratado reconoce a las instituciones de la Unión: el art. 325 del TFUE no es norma penal sino más bien un precepto que regula aspectos sobre la producción normativa y que impone a los Estados un preciso deber de resultado. Sin embargo, interpretado en el sentido de la decisión *Taricco*, el art. 325 acabaría por atribuir a la Unión una competencia directa en materia penal, más allá de los límites establecidos en el Derecho originario de la Unión Europea.

El auto de planteamiento apunta también a la indeterminación de los contenidos de la Sentencia del TJUE (sobre la que se detendrá el análisis más adelante), que por sí sola debería llevar a la imposibilidad de dar eficacia a la obligación de inaplicar la normativa nacional por parte de los jueces ordinarios.

Asimismo de naturaleza general es la explícita invocación realizada por la Corte de casación al instrumento de los «contra-límites», que deberían de activarse en este caso en razón de la evidente violación de los derechos fundamentales: la jurisdicción italiana especifica cómo ello no significa incentivar los conflictos o las guerras entre los tribunales, sino solamente proceder a una legítima *actio finium regundorum*.

En segundo lugar, el auto precisa los principios constitucionales fundamentales que se consideran violados por la interpretación establecida en la Sentencia *Taricco*, a saber:

- a) El principio de irretroactividad de la ley penal *in malam partem*, en razón de la naturaleza sustantiva y no meramente procesal de la prescripción, en aplicación de la jurisprudencia constitucional ya aludida sobre este tema.
- b) La reserva de ley contenida en el art. 25.2 de la Constitución, que debe de interpretarse en su sentido más «formal» y no simplemente como «re-

30 Sentencia de la Corte de casación de 25 de enero de 2016, núm. 7914.

31 Auto de la Corte de casación de 8 de julio de 2016.

serva de Derecho». Se señala que sólo el procedimiento legislativo es el instrumento adecuado para salvaguardar el bien de la libertad personal, que puede verse limitado por las normas penales, que permite la tutela de los derechos de las minorías y el control de las decisiones de la mayoría. El Tribunal de Justicia, encargado de uniformar la interpretación del Derecho de la Unión, es un órgano jurisdiccional desprovisto de legitimación política y no puede por tanto introducir nuevos contenidos en materia criminal en el ordenamiento nacional. Caso contrario, asistiríamos a una mutación «genética» de la reserva de ley en reserva de Derecho, con la correspondiente disolución del monopolio legislativo nacional en el ámbito del Derecho penal.

- c) El principio de taxatividad de la norma penal. El art. 325 del TFUE no puede interpretarse como regla susceptible de aplicación judicial automática. La falta absoluta de taxatividad de la norma italiana después de la intervención del TJUE (carácter «efectivo y disuasivo de la norma», «casos graves», «número considerable de casos») traslada al juez la responsabilidad de llevar a cabo valoraciones de carácter político-criminales, por su naturaleza reservadas en exclusiva al legislador.
- d) El principio de separación de poderes y de sometimiento del juez tan sólo a la ley, cuya violación no deriva de que el deber del juez provenga de una fuente supranacional, sino del contenido de la resultante regulación que, como se acaba de decir, obliga al juez a realizar valoraciones no incluidas entre sus facultades.
- e) El derecho de defensa del imputado que podría verse limitado por el sustancial «cambio de las reglas en curso» (art. 24 de la Constitución).
- f) El principio de la finalidad reeducativa de la pena (art. 27.3 de la Constitución), puesto que, conforme a los criterios de aquella solución jurisprudencial europea, la pena no se dirigiría ya a la reeducación del condenado, sino a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

#### **IV. LOS COMENTARIOS DE LA DOCTRINA Y LAS HIPÓTESIS SUGERIDAS PARA LA SOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL PLANTEADA EN VÍA INCIDENTAL**

La doctrina que se ha ocupado de la Sentencia *Taricco* ha mostrado mayoritariamente reparos por las implicaciones que podría llevar aparejadas esa jurisprudencia, sobre todo si se ve confirmada en un futuro por el Tribunal de Justicia.

En este sentido, se ha hablado de una decisión con «*trazos de absoluta excepcionalidad*» por la forma de construir los deberes penales del Estado y por las obligaciones que traslada a los jueces<sup>32</sup>; de una «*sentencia fea*», «*en palmaria contradicción con los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional*», principios de civilidad jurídica que estructuran la identidad del ordenamiento italiano<sup>33</sup>; de una sentencia caracterizada por una «*destrucción creativa*», con una aceleración tan brusca que pone las bases para un viaje sin retorno y que, más que poner en discusión los «contra-límites», supera la idea misma de Constitución nacional como límite al derecho penal, superando todos los axiomas<sup>34</sup>; de un pronunciamiento que «*subvierte de manera incauta medio siglo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*»<sup>35</sup>, de un incidente equivalente a una «*t tormenta perfecta*», caso de enorme impacto, impensable antes de que sucediera y que se ha podido llevar a cabo sólo porque se han dado una serie de condiciones<sup>36</sup>.

No ha faltado, sin embargo, quien ha negado expresamente que la supuesta violación del art. 25.2 de la Constitución pueda operar como un «contra-límite», pues se advierte que Tribunal de Justicia suele desplegar en muchas ocasiones un papel más próximo al del legislador que al del juez<sup>37</sup>.

De manera más particular, la doctrina ha señalado (expresándose en sentido negativo) que lo que en realidad tiene que considerarse como un deber de los Estados miembros de la Unión configurado en términos marcadamente finalistas, y por tanto no auto-aplicativo, se transforma en un deber para el juez de inaplicar una normativa nacional considerada en contradicción con tal obligación que proviene de la normativa de la Unión<sup>38</sup>.

32 G. REPETTO, «La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti», *Rivista AIC*, 15 de mayo de 2016, p. 2.

33 M. LUCIANI, «El brusco despertar. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale», *Rivista AIC*, 15 de abril de 2016, núm. 2, p. 7 y ss.

34 V. MANES, «La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti», *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

35 R. BIN, «Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?», *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

36 C. SOTIS, «Il limite come contro limite», *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

37 F. VIGANO', «Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco», *Diritto penale contemporaneo*, 2016, que considera que, en todo caso, el Derecho Europeo tiene anticuerpos para proteger, mejor que el Derecho nacional, los derechos fundamentales de la persona, por lo que, si el propósito es la defensa de los derechos fundamentales, el camino obligado es defenderlos juntos en Europa y no contra Europa.

38 G. REPETTO, G., *op. cit.* En sentido contrario v. F. VIGANO', *op. cit.*, que señala la exis-

Cuestión la anterior que incide en la relación entre el Derecho elaborado y aprobado por los órganos representativos del cuerpo electoral y por ende especialmente legitimados para esta tarea y el Derecho de creación jurisprudencial o jurisdiccional, en el sentido del desarrollo por el segundo de una función que no le es propia, al sobrepasar los límites de la jurisdicción<sup>39</sup>. En este tipo de casos, lo acorde con el sistema de distribución de poderes consistiría en una intervención del legislador, dado que solo este sujeto está en la condición de proporcionar una regulación en atención de las reales razones de la ineficacia de una normativa, que puede nacer de circunstancias absolutamente diversas en cada contexto nacional (carácter farragoso de las reglas procesales, carácter exiguo de los plazos de prescripción, ineficacia de los tribunales y de la policía, etc.<sup>40</sup>). De otro modo, el efecto puede desembocar en «operaciones quirúrgicas» confiadas al juez ordinario, sin límites claros, alimentando una auténtica «formación paralela del Derecho» por vía judicial<sup>41</sup>.

El carácter indeterminado de las prescripciones derivadas del pronunciamiento del Tribunal de Justicia («fraude grave», «normativa que impide imponer sanciones eficaces y disuasivas», «número considerable de casos») no respetaría el carácter jurisdiccional de la actividad del juez, pidiéndole decisiones sustancialmente libres<sup>42</sup> que exceden su competencia. Se ha llegado a sostener en ese sentido que el verdadero «contra-límite» frente a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia se ubicaría justamente en la imposibilidad de subvertir los límites del juez penal inherentes al ejercicio de su función jurisdiccional<sup>43</sup>.

Otro aspecto que la reflexión de la doctrina sobre el caso *Taricco* ha puesto de relieve es el de la ponderación operada por el Tribunal de Justicia entre los diferentes valores en presencia, subrayando que, respecto a lo ya sucedido en el

tencia de expresiones similares a la de «fraude grave» en la legislación penal; por lo que concierne a la noción de «número considerable de casos», si el juez no considerara superada la prueba, será suficiente aplicar las normas correspondientes, sin «incomodar» los contra-límites.

39 Sobre este tema, recientemente, A. CARDONE, F. DONATI, C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI (coords.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016.

40 M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit.

41 V. MANES, *La «svolta» Taricco*, cit.

42 E. LUPO, «La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale», *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

43 C. SOTIS, *op. cit.*

caso *Melloni*<sup>44</sup>, ante una amenaza frente a la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, el Tribunal de Luxemburgo «va derecho» e interviene en el caso sin valorar debidamente los derechos y garantías previstos a nivel nacional<sup>45</sup>. Se subraya que, en definitiva, se consagra como «base legal» para la tutela de los intereses financieros de la Unión lo establecido en el art. 325 TFUE<sup>46</sup>, definido por algunos como el «as ganador», en cuanto que la historia del Derecho penal europeo nos enseña que cuando la UE sitúa un caso en la tutela de los intereses financieros está hiper-legitimada, mucho más que en otros sectores, para proponer nuevas soluciones<sup>47</sup>.

Así las cosas, el «contra-límite» que operaría en oposición a dichas tendencias europeas, se identifica con el argumento de que la persona humana está en el centro y no es instrumentalizada en un juicio penal<sup>48</sup>, contrarrestando la idea de prevalencia del interés financiero relevante para el Derecho de la Unión Europea,

44 La doctrina sobre el caso *Melloni* es abundante. Además de los autores citados en la nota 22, pueden verse, entre otros: F. J. MATIA PORTILLA, «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, p. 479-522; L. BACHMAIER WINTER, «Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo», *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, p. 153-180; V. FAGGIANI, «La sentenza Melloni: il Tribunale Costituzionale si arrende al primato del diritto dell'UE», *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, núm. 2, 2015, p. 445-448; A. TORRES PÉREZ, «Melloni in three acts: from dialogue to monologue», *European Constitutional Law Review*, v. 10, núm. 2, 2014, p. 308-331; L. I. GORDILLO PÉREZ y A. TAPIA TRUEBA, «Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 22, 2014, p. 245-270; A. RUGGERI, «IV. La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)», en A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell'anno 2013*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 83-94; I. TORRES MURO, «La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, p. 343-370; 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*, núm. 2, 2013, p. 293-317.

45 La expresión en italiano («*va dritto*») es más ilustrativa que su traducción al español, pues evoca la imagen de recorrer un camino; G. REPETTO, *op. cit.*

46 V. MANES, *La «svolta» Taricco*, *cit.*

47 C. SOTIS, *op. cit.*

48 *Ibidem.*

que no otorgaría ningún peso a la naturaleza de otros intereses en juego o a la centralidad de los derechos del individuo<sup>49</sup>.

A la espera de la decisión de la Corte constitucional respecto de las cuestiones de constitucionalidad antes aludidas, la doctrina que ha discutido el caso *Taricco* se adelantó enumerando posibles soluciones, y sugiriéndole a la Corte constitucional que se orientara en uno u otro sentido.

Algunos autores estimaron excesivamente «suave» la eventualidad de que la Corte entrara en diálogo con el Juez de Luxemburgo<sup>50</sup>, invitando a la primera sin ambages a utilizar finalmente el instrumento de los «contra-límites» y estimando que la defensa de los elementos identificativos y constitutivos del ordenamiento italiano es realmente una competencia de la Corte. Ella debe por tanto realizarla sin dejarse intimidar por el fantasma de la «guerra» o de otras «catástrofes» y tutelar el predominio axiológico de la Constitución, como ha hecho respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de la sentencia núm. 49 de 2015<sup>51</sup>.

Otros han propuesto una solución más transigente y de compromiso<sup>52</sup>, sugiriendo acudir a los efectos temporales de las sentencias y aplicar los principios de la decisión *Taricco* sólo para los plazos no vencidos<sup>53</sup>, o a la ambigüedad de la definición de «inaplicación» y «no aplicación», con el fin de encuadrar las afirmaciones contenidas en la sentencia *Taricco* en un marco teórico compatible con el ordenamiento jurídico italiano, sin desmentirlas y esquivarlas, pero de forma que llegara una advertencia al Tribunal de Justicia<sup>54</sup>.

Se han invocado, asimismo, algunos precedentes jurisprudenciales de la propia Corte constitucional para inducir a seguir una vía análoga, como las dos decisiones ya analizadas en las páginas anteriores sobre la negativa al acceso en el sistema italiano de la convención internacional sobre el límite a las jurisdiccionales nacionales en caso de resarcimiento de los daños causados durante la Segunda

49 M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit.

50 *Ibidem*.

51 Ver *retro*, notas 12 y 20.

52 Sugiere expresamente no utilizar los contra-límites, sino de buscar soluciones de compromiso, F. VIGANO', *op. cit.*

53 G. REPETTO, *op. cit.* En sentido análogo F. VIGANO', *op. cit.*, que propone una clara distinción dependiendo de si el plazo de prescripción ha expirado o no en el momento de la decisión del Tribunal de Justicia, de manera que, en la lógica del juicio incidental, la Corte constitucional debería llegar a una declaración de inadmisibilidad por irrelevancia con respecto a los encausados por los cuales el término expiró el 8 de septiembre de 2015.

54 R. BIN, *op. cit.*

Guerra Mundial por Alemania<sup>55</sup> y sobre la obligación de seguir la jurisprudencia europea sólo si ésta se demuestra consolidada (caso *Varvara*)<sup>56</sup>.

No obstante, siempre por parte de quienes han expresado fuertes críticas a la Sentencia *Taricco*, se ha señalado en relación con el fondo, que el Tribunal de Justicia tiene razón, reconociendo la inadmisibilidad de la regulación nacional vigente, al punto de proponer a la propia Corte constitucional plantear ante sí misma la cuestión de inconstitucionalidad para luego admitirla<sup>57</sup>.

Una parte de la doctrina ha afirmado que, si bien es verdad que una reforma de la regulación en cuestión podría realizarla sólo el legislador, también es cierto que la actual mayoría política no tendría posibilidad alguna de llevarla a cabo, por la presencia del *lobby* de los abogados penalistas bien representada en el Parlamento. Asimismo, parecería cuanto menos extravagante considerar parte de la identidad constitucional el hecho que un Estado tenga una suerte de derecho que le consienta no obedecer a sus deberes de tutela efectiva de los intereses financieros de la UE, suponiendo su normativa la impunidad sistemática de los autores de graves fraudes fiscales, o la posibilidad de que los mismos evasores calculen anticipadamente tras cuánto tiempo se les garantizaría la impunidad<sup>58</sup>.

En otra ocasión anterior sostuve a este respecto la necesidad de llegar a una solución del conflicto mediante una aplicación más «dúctil», más mesurada del principio de los «contra-límites», abriendo un diálogo entre los tribunales a través de mecanismos que el derecho nacional y el europeo ponen a disposición de los jueces, en particular, de los constitucionales, subrayando que el mismo artículo 4.2 del Tratado de la UE afirma la necesidad de que la Unión respete «*la identidad nacional inserta en [su] la estructura fundamental, política y constitucional*» de los países miembros, casi legitimando la oposición de «contra-límites» en los casos en los que los principios fundamentales y las características fundamentales del Estado constitucional se vean comprometidos<sup>59</sup>.

55 V. MANES, *La «svolta» Taricco*, *cit.*

Sobre la Sentencia de la Corte constitucional núm. 238 de 2014, v. *retro*, texto y notas 8 y 9.

56 G. REPETTO, *op. cit.*

Sobre la Sentencia de la Corte constitucional núm. 49 de 2015, v. *retro*, texto y notas 12, 20 y 51.

57 R. BIN, *op. cit.*

58 F. VIGANO, *op. cit.*

59 S. ROMBOLI, «La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale», *Consultaonline*, 22 de diciembre de 2016, III, p. 456-468, donde sostuve en mis conclusiones que los tribunales nacionales, en particular, deberían actuar guiándose por el objetivo de ver realizados y nunca cuestionados los que se definen como principios supremos del ordenamiento

## V. LA RESPUESTA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: LA DECISIÓN DE ABRIR UN DIÁLOGO, CON ALGUNOS PUNTOS FIRMES

La inmensa mayoría de la doctrina concuerda en realizar una valoración negativa de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Taricco*. De su lado, en relación con la solución dada por la Corte constitucional, algunos autores estimaron que debería haber optado directamente por la declaración de inconstitucionalidad, mientras que otros, en cambio, propugnaron que la solución habría tenido que encontrarse en una advertencia «fuerte y clara», pero a través de un pronunciamiento desestimatorio (puede que de naturaleza interpretativa) o (como ya sucediera en el caso de 1989 recordado al inicio de este trabajo) de inadmisibilidad.

La Corte italiana, en cambio, ha elegido un camino diverso: plantear una duda interpretativa sobre el Derecho de la UE en la orientación que plasma la Sentencia *Taricco* del Tribunal de Justicia, sirviéndose del instrumento de la cuestión prejudicial<sup>60</sup>.

Se trata de la segunda vez<sup>61</sup> que el Juez constitucional italiano emplea el mecanismo de la cuestión prejudicial ante el TJUE en el ámbito del control de las leyes en

constitucional, intentando –siempre que sea posible– evitar la utilización de «instrumentos fuertes» que podrían determinar el cierre del diálogo; sería aconsejable en efecto recurrir a todos aquellos instrumentos disponibles que sean más prudentes, más «suaves» y por lo tanto tal vez incluso más persuasivos y eficaces, con el fin de estimular el diálogo mismo (como las sentencias interpretativas, la posibilidad de intervenir en la modulación de los efectos de las decisiones, las advertencias, los consejos y las recomendaciones al legislador y a los tribunales ordinarios, etc.).

60 La Corte constitucional, ya se ha mencionado, plantea la cuestión prejudicial al Juez de Luxemburgo a través del Auto núm. 24 de 2017, de 26 de enero. Muchísimas han sido las intervenciones de la doctrina sobre el particular. Además de las citadas en las notas que siguen, pueden mencionarse: A. ANZON DEMMING, «La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2017, p. 507 y ss.; R. CALVANO, «Una questione pregiudiziale al quadrato.... o forse al cubo: sull'ordinanza núm. 27/2017 della Corte costituzionale», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017; A. CELOTTO, «Caso Taricco: un rinvio pregiudiziale "muscoloso" e costruttivo (a prima lettura sulla ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale)», [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017; M. ESPOSITO, «Il potere deliberativo della Corte costituzionale sulle sentenze interpretative della Corte di giustizia», *Giurisprudenza costituzionale*, 2017; M. LUCIANI, «"Intelligenti pauca". Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 1, 2017, p. 535 y ss.

61 Como recordado en la nota 22, la primera vez en la que la Corte constitucional planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de un juicio incidental fue con el Auto de

vía incidental, después de que durante mucho tiempo y por diferentes razones considerase que debía ser el juez ordinario el que dialogara con el Tribunal de Justicia a través de aquel instrumento<sup>62</sup>, excluyendo expresamente en algunos casos concretos la posibilidad de que él mismo pudiera calificarse de «autoridad judicial» según lo establecido en el art. 267 del TFUE<sup>63</sup>.

Entrando ahora en el análisis del supuesto, la Corte constitucional, en primer lugar, afirma y reconoce con determinación la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho nacional. No obstante, a renglón seguido, declara que una de las condiciones necesarias para que el Derecho de la Unión Europea se aplique en Italia es que su contenido respete los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona. En el caso «sumamente improbable», sigue la Corte constitucional reiterando su doctrina anterior, de que no se observen dichos principios y derechos «sería necesario declarar la ilegitimidad constitucional de la ley nacional que ha autorizado la ratificación y la efectividad del Tratado», si bien solo con respecto a la norma que provoque la vulneración<sup>64</sup>.

Tras recordar la doctrina de los contra-límites, la Corte subraya, entre las particularidades del ordenamiento italiano, la naturaleza sustantiva y no meramente procesal de la prescripción y que, por esta razón, su regulación debe quedar sujeta al principio de legalidad en materia penal, con todas las consecuencias que de ello se derivan en orden a la descripción precisa de los supuestos y al ámbito temporal que rige la norma (regulación previa al momento de la comisión del delito)<sup>65</sup>.

18 de julio de 2013, núm. 207; sin embargo, la verdadera primera vez para la Consulta fue en ocasión de un procedimiento de control de las leyes en vía principal –es decir, en el seno de un recurso de inconstitucionalidad– (Auto de 15 de abril de 2008, núm. 103).

62 Auto de la Corte constitucional de 28 de julio de 1976, núm. 206. Al respecto se ha afirmado que la Corte constitucional ha elegido dialogar con el Tribunal de Justicia «por intermediario» (*per interposta persona*), como afirma M. CARTABIA, «La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea», en N. ZANON (coord.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 110).

63 Auto de la Corte constitucional de 29 de diciembre de 1995, núm. 536.

64 La Corte constitucional cita sus precedentes, en particular las Sentencias núm. 232/1989, núm. 170/1984 y núm. 183/1973, a las que hemos aludido en las páginas anteriores. Al respecto, véase el FJ 2 del Auto de la Corte constitucional 24/2017.

65 El Abogado General BOT ha afirmado que ni el órgano jurisdiccional italiano que planteó la primera cuestión prejudicial ante el TJUE sobre el caso *Taricco*, ni el Gobierno de la República en sus alegaciones escritas y orales antes de la emisión de la Sentencia de Luxemburgo que cerró el mismo caso en 2015, habían mencionado las peculiaridades conexas con la naturaleza del régimen de la pres-

El Juez constitucional evidencia que no existiría a su juicio un deber de uniformidad entre todos los Países de la UE<sup>66</sup>, sosteniendo que la reglamentación correspondiente debe acomodarse a las tradiciones constitucionales de cada Estado, por lo que concluye, mirando a su ordenamiento jurídico, que el principio de legalidad tiene como finalidad la protección de los derechos inviolables y debe considerarse un principio fundamental y supremo.

El propósito sería, por tanto, aportar una interpretación que excluya la contradicción entre el principio de legalidad, establecido en la Constitución italiana, y la previsión del Tratado tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia en la

cripción en Italia, particularidades sin duda de gran interés para la correcta resolución del asunto y que en esta segunda cuestión prejudicial sí se evidencian por la Corte constitucional (§ 69).

BOT precisa también que la República italiana había sido avisada en muchas ocasiones de la inadecuación de su regulación de la prescripción de los delitos a los estándares europeos en esta materia. Incluso, a nivel interno, los mismos jueces ordinarios habían alertado a las demás autoridades, afirmando que la normativa en vigor no permitía obtener sentencias de condena en la mayoría de los casos de corrupción grave y compleja; por esta razón se llegó a la creación de una comisión *ad hoc* para elaborar un texto de reforma de la normativa sobre la prescripción (§ 55). En el ámbito de la Unión Europea, muchas fueron las recomendaciones dirigidas a Italia para impulsar una modificación legislativa (§ 56-57). El Tribunal Europeo de Estrasburgo, de su lado, ya declaró que la regulación italiana del mecanismo de la prescripción previsto en los arts. 157-161 del código penal italiano (algunos son los mismos artículos que los que el TJUE declaró que tenían que inaplicarse para garantizar la efectividad del contenido del art. 325 TFUE según la Sentencia *Taricco*) produce efectos contrarios a los requeridos para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, pues el resultado de dicho mecanismo es que graves delitos (en particular el TEDH se refería a delitos contra la vida, torturas y maltratos) no lleguen a ser castigados. La regulación italiana se declaró, por lo tanto, inadecuada respecto de la exigencia sancionadora y desprovista del efecto disuasorio necesario para prevenir la comisión de delitos semejantes o similares (§ 58-59).

No obstante, en la opinión de quien escribe, todas estas importantes consideraciones, que Italia haya sido avisada o condenada por las instituciones supranacionales, o que a nivel interno las autoridades competentes estén buscando soluciones a este déficit en la regulación penal, no legitima de por sí una intromisión excesiva por parte de la Corte de Luxemburgo en la soberanía nacional o a que la misma intervenga de forma que se vulnere el principio de legalidad en materia penal.

66 En efecto, como recordará también el Abogado General BOT en sus conclusiones (§ 39 y nota 13), al día de hoy cada país miembro de la UE determina sin ninguna imposición supranacional la naturaleza del mecanismo de la prescripción. BOT reconoce, sin embargo, la necesidad de establecer una regulación de la prescripción uniforme en toda Europa (§ 103), y de llegar a una armonización de las normas en este ámbito (§ 106).

sentencia *Taricco*, razón por la que, situados en esos terrenos hermenéuticos, decide plantear la cuestión prejudicial al propio Tribunal de Luxemburgo.

Después de llegar a la conclusión de que el principio de legalidad en Italia alcanza también la regulación del mecanismo de la prescripción, la Corte constitucional se propone comprobar si la normativa que resultaría ahora aplicable según la interpretación proporcionada por la Corte de Luxemburgo en la decisión *Taricco* cumple con el ineludible requisito de la determinación de los supuestos en materia penal, que deriva del principio supremo ahora aludido. La Consulta se aproxima a la cuestión controvertida analizando principalmente dos perspectivas diversas.

La primera concierne al contraste entre la solución interpretativa proporcionada por el Tribunal de Justicia y el dato normativo, para comprobar si aquélla es razonablemente predecible y perceptible por la persona que ha realizado la conducta con relevancia penal.

El Constitucional llega a la siguiente conclusión: «la Corte está convencida de que la persona no podía pensar razonablemente, antes de la sentencia dictada en el caso *Taricco*, que el art. 325 TFUE impusiera al juez no aplicar los arts. 160, último apartado y 161.2 del código penal en aquellos casos en los que se derivara impunidad de graves fraudes fiscales lesivos de la UE en un número considerable de casos, ni la violación del principio de asimilación»<sup>67</sup>.

La segunda aproximación se ocupa de la reserva de ley en razón del grado de determinación de los supuestos derivada del art. 325 TFUE, especialmente por los límites con los que opera el juez, al que no compete *ad casum* llevar a cabo libres valoraciones discrecionales, en atención al principio fundamental de la separación de poderes.

Sobre este aspecto, el Constitucional italiano, de nuevo con rotundidad, declara que el parámetro del «*número considerable de casos*» es un concepto ambiguo e impreciso; no sería posible, por tanto, encomendar al juez ordinario y a su labor interpretativa la «incumbencia» de determinar y delimitar el contenido de esta expresión<sup>68</sup>, en consideración, además, de que el Derecho de la Unión, en palabras de

67 Auto de la Corte constitucional 24/2017, FJ 5.

68 Este será el único ámbito en el que, desde el principio de sus conclusiones, el Abogado General BOT afirmará avalar y respaldar («*adhieri relativamente*»), utilizando su misma expresión en el § 14) la tesis de la Corte constitucional. En efecto, BOT no puede sino estar de acuerdo con la evidencia de las dificultades para que el juez ordinario cumpla con dicha obligación, originadas por la imprecisión de los términos («*vagos y genéricos*», según las palabras de BOT en el § 111) empleados en la Sentencia *Taricco* del TJUE de 2015. El Abogado General propone resolver dichas dificultades sustituyendo los términos pocos precisos con un criterio que se refiera exclusivamente a la naturaleza del acto en cuestión (§ 14 y 110-117).

su máximo interprete, pretendería de esta forma que el órgano jurisdiccional actuara para conseguir la realización de una suerte de «objetivo de resultado»<sup>69</sup>.

Bajo esas circunstancias descritas, la Corte constitucional pregunta al Tribunal de Justicia si considera que el juez nacional tendría que aplicar una regla del Derecho de la UE incluso cuando (como ha quedado de manifiesto que ocurre en este caso específico) la misma contraste con principios supremos del Estado, recordándole al tiempo que el art. 4.3 del Tratado expresa el principio de leal cooperación, que implica respeto y asistencia recíprocos.

En opinión de la Corte, ello comporta que «las partes están unidas en la diversidad. No habría respeto si las razones de la unidad pretendiesen cancelar el núcleo mismo de los valores por los que se rige el Estado miembro. Y no lo habría ni tan siquiera si la defensa de la diversidad excediese ese núcleo llegando a obstaculizar la construcción del futuro de paz, fundado sobre los valores comunes<sup>70</sup> del que habla el preámbulo de la Carta de Niza»<sup>71</sup>.

El Constitucional italiano recuerda también otros principios básicos del ordenamiento de la Unión Europea, expresamente previstos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión: el reconocimiento de la que puede definirse la «unidad en el pluralismo» (art. 2 TFUE), el respeto de las identidades nacionales (art. 4.2 TFUE) y de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (art. 6.3 TFUE).

De todo esto deriva, sigue la Corte, que el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo no pueden imponer que un Estado miembro renuncie a los principios supremos que caracterizan su orden constitucional. Al

69 La Corte constitucional constata en particular que «en el ordenamiento italiano, así como en el ordenamiento europeo, la actividad jurisdiccional está sujeta al gobierno del derecho penal; mientras que esta última, por el contrario, no puede limitarse a asignar objetivos al juez. No puede entonces excluirse que la legislación nacional pueda y tenga que inaplicarse cuando esto sea establecido en casos específicos por la legislación europea. No es, sin embargo, posible que el Derecho de la Unión imponga un objetivo de resultado al juez penal y que, en ausencia de una normativa que predefina analíticamente los casos y las condiciones, este último tenga que alcanzar el resultado a través de cualquier medio que encuentre en el ordenamiento», Auto de la Corte constitucional 24/2017, FJ 5.

70 Las palabras de la Corte parecen evocar lo que escribiera Giuliano AMATO (que es actualmente Magistrado constitucional), quien afirmó: «Todos debemos entender que, más allá de un determinado límite, la uniformidad no puede operar; pero también que, más allá de un determinado límite, las mismas diversidades destruyen nuestra unidad» (G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 10).

71 Auto de la Corte constitucional 24/2017, FJ 6.

TJUE, que por supuesto mantiene el monopolio de la interpretación del Derecho de la UE, no puede sin embargo atribuírsele también la tarea gravosa de comprobar que su interpretación sea compatible con la identidad nacional de cada uno de los Países miembros. Será cometido de las autoridades nacionales (en Italia, en atención al reconocimiento de un sistema concentrado de justicia constitucional, esta competencia se asigna en exclusiva a la Corte constitucional, tal y como ella misma declara) comprobar que no exista contradicción entre la normativa de la Unión Europea y los principios supremos del ordenamiento nacional<sup>72</sup>.

La Corte constitucional sugiere, por tanto, al Tribunal de Justicia una lectura de la regla derivada del art. 325 TFUE, en definitiva, que permita considerar aplicable la doctrina de la Corte de Luxemburgo sólo si ésta resulta compatible con la identidad constitucional del Estado miembro, precisando que si tal interpretación se considerase correcta la cuestión de inconstitucionalidad sería resuelta con un pronunciamiento de desestimación.

Una lectura que asegure esa inspiración, en opinión de la Corte, preservaría la identidad nacional sin comprometer la interpretación uniforme del Derecho de la UE, suponiendo, además, una solución conforme al principio de cooperación leal y de proporcionalidad. En caso contrario, el proceso de integración europea degradaría las conquistas nacionales en materia de libertades fundamentales y se alejaría del camino de una unificación en aras del respeto de los derechos humanos<sup>73</sup>.

72 Cfr., a este respecto, el FJ 6 del Auto de la Corte constitucional 24/2017.

73 La respuesta del Abogado General BOT a la tercera pregunta planteada por la Corte Constitucional es una de las más tajantes. A la acusación elevada por la Consulta de que la Sentencia *Taricco* del TJUE no respetaría la identidad constitucional de la República italiana, infringiendo así también el principio establecido en el art. 4.2 TFUE, BOT contesta que no hay que confundir la lesión de la identidad nacional con la que él define como «una concepción exigente de la tutela de un derecho fundamental» (§ 179). En efecto, sigue BOT, este caso ciertamente afecta aspectos relativos a la tutela de un derecho fundamental reconocido en la Constitución italiana; no obstante, no es suficiente para que se invoque la aplicación del art. 4.2 TFUE, pues el estatus de principio supremo del ordenamiento constitucional italiano cuya vulneración supondría una violación de la identidad constitucional de la República no concierne a todos los aspectos del principio de legalidad de los delitos y de las penas, quedando fuera de los mismos la regulación del régimen de la prescripción.

Todas estas consideraciones llevan al Abogado General a razonar sobre la posibilidad de que la violación de un principio supremo justifique la activación del procedimiento de los contra-límites por parte de un Estado miembro. BOT recuerda entonces la doctrina de la misma Corte constitucional sobre este punto: solo el «núcleo central» de un principio fundamental puede justificar el recurso a dicho mecanismo, pudiendo reconocerse como «principios fundamentales» o «supremo» solo aquellos «que identifican o representan el "núcleo central" de la Constitución italiana» (§ 183-184). En este caso, afirma

El Juez constitucional italiano puntualiza, en suma, que la objeción a que el juez nacional aplique la regla enunciada en la Sentencia *Taricco* no deriva de una interpretación alternativa del Derecho de la Unión Europea, sino sólo de la circunstancia (externa al mismo) de que la prescripción en Italia tiene una naturaleza sustantiva, atributiva, si se prefiere, de una tutela potencial mayor, al integrar su régimen jurídico en una concepción amplia del principio de legalidad<sup>74</sup>.

En opinión del Constitucional italiano, la posibilidad de que un Estado miembro garantice un nivel de protección más elevado (en este caso respecto de la protección que aseguran el art. 49 de la Carta de Niza y el art. 7 del Convenio al principio de legalidad en materia penal) estaría amparado por el mismo Derecho de la Unión, en particular por el art. 53 de la CDFUE.

Así descrita la problemática y la tesis de la Corte, resulta inevitable hacer un paralelismo con el caso *Melloni*<sup>75</sup>, en el que intervinieron el Tribunal Constitucio-

el Abogado General, no se vulnera un principio supremo del ordenamiento constitucional italiano, al configurar la modificación de las normas en materia de prescripción de delitos solo unas garantías procesales (§ 185). BOT se opone entonces a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales italianos puedan considerarse eximidos de la aplicación de la obligación que deriva de la Sentencia del TJUE *Taricco* en atención a lo establecido en el art. 4.2 TFUE.

74 Además de las consideraciones aludidas en las notas anteriores, el Abogado General ha precisado que tanto el Derecho de la UE (y la jurisprudencia del TJUE) como la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo han afirmado reiteradamente que las finalidades propias del reconocimiento del principio de legalidad en materia penal se consideran satisfechas cuando la ley regula la definición del delito y las penas aplicables. La regulación de la prescripción tendría por ende naturaleza exclusivamente procesal, y por esta razón no está cubierta por las garantías propias de la reserva de ley (§ 123 y ss.). Las conclusiones del Abogado General se detienen en la mención de algunas decisiones del TEDH en las que se expresan dichas consideraciones. Un supuesto, en particular, reviste especial trascendencia: la Sentencia del TEDH de 12 de febrero de 2013, asunto *Previti c. Italia*. En este caso, en efecto, el Juez de Estrasburgo había tenido que pronunciarse justamente sobre la naturaleza de las normas de derecho penal objeto de discusión en el caso *Taricco*, afirmando su naturaleza procesal (§ 133-141).

75 Es este el caso de Stefano Melloni, ciudadano italiano que se había refugiado en España durante el proceso que lo veía encausado y había sido condenado en su ausencia. Al acordarse la extradición, Melloni planteó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español (TC), por considerar vulnerado su derecho de defensa dado que la sentencia había sido dictada por un órgano jurisdiccional italiano en rebeldía. El recurrente pedía la aplicación de la consolidada jurisprudencia española que negaba la extradición en supuestos semejantes. El TC consideró oportuno plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo para que resolviera su duda sobre el posible conflicto entre la disciplina relativa a la orden de detención europea y un principio fundamental como el del derecho de defensa (Auto del TC 86/2011, de 9 de junio).

nal español y la Corte de Luxemburgo<sup>76</sup>. El Constitucional italiano se esfuerza en su argumentación en mostrar las diferencias entre ambos casos. En el caso español, en opinión de la Corte, la solución por la que abogaba el Tribunal Constitucional habría incidido sobre la decisión marco con respecto al reconocimiento recíproco de las decisiones penales, generando una posible fractura de la unidad del Derecho de la UE en una materia cuya regulación responde a la confianza recíproca en un ordenamiento normativo uniforme. Distinto sería, en cambio, el caso *Taricco*, dado que no pone en discusión la regla deducida del art. 325 TFUE, sino que describe la existencia de un impedimento a su aplicación directa por parte del juez nacional, que no deriva de una contraposición con una norma nacional sino de una circunstancia «externa» al Derecho de la UE, esto es, de que la prescripción forma parte del régimen del derecho sustantivo estatal y por tanto del principio de legalidad.

Ahora bien, tras haber subrayado la particularidad del ordenamiento italiano por la naturaleza sustantiva de la prescripción en el mismo, no desatiende la hipótesis alternativa de su naturaleza procesal, para resaltar, sin embargo, que también en este caso la regla que deriva de la Sentencia *Taricco* entraría en contradicción con el principio de legalidad, esta vez por falta de predeterminación de los supuestos.

La Corte recuerda también que en los Países de *civil law* se excluye que el juez pueda crear un régimen penal que sustituya al perfilado por el Parlamento para alcanzar un fin, incluso cuando éste sea legalmente predefinido; y en efecto el art. 325 TFUE, aunque establezca un claro deber de resultado, no indica con suficiente rigor

El Tribunal de Luxemburgo (Sentencia 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*, C-399/11) declaró la imposibilidad de que los Estados miembros introdujeran condiciones distintas y añadidas a la regulación de la orden de detención europea, paralizando así la aplicación de un acto que tiene el propósito de facilitar la cooperación judicial. El Tribunal de Justicia ha negado la vulneración del derecho de defensa del sujeto, dado que este mismo había recibido regularmente las notificaciones y se había puesto voluntariamente en rebeldía. El TJUE ha terminado entonces por considerar prevaleciente la exigencia de una interpretación y aplicación homogénea del Derecho de la Unión respecto de la tutela del derecho fundamental de defensa según la interpretación consolidada de la jurisprudencia constitucional española. El Constitucional español decidió adecuarse a la interpretación proporcionada por el Tribunal de Luxemburgo y modificar su interpretación del art. 24 CE (Sentencia del TC 23/2014, de 13 de febrero), no activando –contrariamente a lo que algunos esperaban– el instrumento de los contra-límites. Véanse también las consideraciones y la doctrina contenidas en las notas 22 y 44.

76 El paralelismo llevado a cabo por la Corte constitucional es tan oportuno que el Abogado General reconoce utilizar idénticas argumentaciones a las expresadas en las conclusiones que el mismo proporcionó al caso *Melloni* (§ 148 y ss. y nota 63) para oponerse ahora a las afirmaciones del Constitucional italiano (§ 155 y ss.).

analítico el recorrido que el juez debe seguir para alcanzar tal propósito. De esta forma, afirma la Corte, «se le podría permitir al poder judicial deshacerse, potencialmente, de cualesquiera elementos normativos relativos a la punibilidad o al proceso que pudieran ser considerados un obstáculo para la represión del delito».

Las cuestiones de interpretación sometidas al juicio del Tribunal de Luxemburgo resumen todo lo que se refleja en la motivación, preguntando si el art. 325 TFUE debe ser interpretado en el sentido de imponer la no aplicación del derecho nacional: 1) en presencia de una regla que no contenga un supuesto suficientemente determinado (para el caso de que se pretenda reconocer a la prescripción tan sólo valor procesal); 2) también cuando en el ordenamiento estatal la prescripción tenga naturaleza sustantiva y esté sujeta al principio de legalidad; 3) incluso si la aplicación omitida está en contradicción con los principios supremos del orden constitucional del Estado o con los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución nacional.

## **VI. UNA PRIMERA CONCLUSIÓN: EL JUEZ CONSTITUCIONAL, ACTOR PRINCIPAL EN EL DIÁLOGO CON EL TRIBUNAL DE JUSTICIA CUANDO ESTÉN EN JUEGO VALORES CONSTITUCIONALES**

El caso descrito hasta ahora se presta a dos observaciones conclusivas, una relativa a la relación entre jueces nacionales, Juez constitucional y Tribunal de Justicia, la otra en cambio concerniente específicamente al fondo.

Sobre el primer aspecto, de manera muy significativa, la Corte constitucional subraya en el Auto 24/2017 que el Tribunal de Justicia tiene la tarea de establecer la interpretación del Derecho de la Unión, pero que no puede ser cargado con el peso de valorar al detalle si el Derecho de la Unión y su interpretación son compatibles con la identidad nacional de un Estado. De suerte que, sostiene, sería razonable que, no siendo evidente cómo despejar esa compatibilidad o armonía, el Tribunal de Justicia establezca el significado del Derecho de la UE, pero luego remita a las autoridades nacionales la comprobación última sobre la observancia de los principios supremos del Estado. Y ello porque, según la Corte, en un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, una verificación semejante en esos terrenos de frontera no puede realizarse sino por ella misma, como probaría el hecho de que el juez ordinario, en estos casos, proceda a plantear la cuestión de legitimidad constitucional por la vía incidental.

Lo que se acaba de afirmar es especialmente relevante considerando que el Juez constitucional italiano hasta hace pocos años, como ya se ha indicado<sup>77</sup>, había preferido el diálogo «por intermediario», dejando al juez ordinario ponerse en contacto directo con el Tribunal de Justicia.

También respecto del notorio fenómeno de la «doble prejudicialidad» (simultáneamente y para el mismo caso, la constitucional y la eurounitaria)<sup>78</sup>, la Corte constitucional italiana ha preferido siempre un rol evidentemente poco «protagonista», pues en su doctrina afirma que el juez debe en primer término dirigirse al Tribunal de Luxemburgo y sólo posteriormente plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Este orden de prioridad se justificaría en la necesidad de respetar el requisito de la «relevancia» de la cuestión, pues no resultaría relevante plantear una duda de legitimidad constitucional sobre una norma antes de disipar la incertidumbre sobre la conformidad de la misma con el Derecho de la Unión Europea. En realidad se ha señalado, con acierto, que la justificación resulta débil, pues también la declaración de inconstitucionalidad comportaría la inaplicabilidad de la disposición en cuestión, sugiriendo que el criterio a seguir es el de la economía procesal<sup>79</sup>.

Como consecuencia, probablemente, de esta postura de aislamiento en la que se había cerrado voluntariamente la Corte constitucional, en algunos casos fueron directamente los jueces ordinarios italianos quienes, frente a una posible contradicción entre la regla de Derecho de la Unión (antes comunitario) y los principios supremos del ordenamiento estatal, optaron por no plantear ni la cuestión prejudicial ni la de constitucionalidad, y, en razón de la existencia de un «contra-límite», decidieron seguir aplicando una normativa nacional, aunque esta misma hubiera sido declarada en contraste con el Derecho de la Unión por el Tribunal de Luxemburgo.

Esto sucedió, por ejemplo, respecto de la regulación de la responsabilidad civil del juez, contenida en la denominada ley *Vassalli* (ley 117/1988), que –entre otras

77 V. *retro*, nota 62.

78 El tema de la denominada «doble prejudicialidad» y las problemáticas conexas al mismo son hoy en día muy conocidos en la doctrina. Entre los autores españoles que han abordado recientemente la temática pueden mencionarse: P. CRUZ VILLALÓN y J. L. REQUEJO PAGÉS, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, enero-abril, 2015, p. 173-194; V. FERRERES COMELLA, «El problema del "doble vicio" en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki», *Foro de actualidad, Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 28, 2011, p. 57-61.

79 A. CERRI, «La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte», *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, p. 2897 y ss.

cosas— establecía la responsabilidad del juez (y del Estado) sólo en caso de culpa grave y fijaba asimismo la exclusión de la responsabilidad para la hipótesis de interpretaciones de las normas y valoraciones de las pruebas (la llamada «cláusula de salvaguardia»).

El Tribunal de Justicia, mediante una serie de decisiones, había afirmado la no conformidad de la normativa italiana con los principios del Derecho comunitario por limitar la responsabilidad sólo a los casos de «culpa grave» según la interpretación consolidada de la Corte de casación, así como por la existencia de la cláusula de salvaguardia aplicable incluso en presencia de una «violación manifiesta» del Derecho comunitario<sup>80</sup>.

Algunos jueces estimaron que las previsiones de la ley 117/88 no podían ser inaplicadas, pues expresaban la independencia de la magistratura, reputada como principio fundamental de nuestro ordenamiento constitucional, y que por estas razones se constituían en un «contra-límite» y justificaban la inobservancia de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo.

Otro caso parecido —cuya resolución fue bastante criticada por la doctrina<sup>81</sup>— fue el relativo a la resolución con la que el Consejo de Estado<sup>82</sup> aplicó los «contra-límites» como «límites» al deber del órgano judicial de última instancia de plantear la cuestión prejudicial y de proceder a la inaplicación del Derecho nacional en contraste con el Derecho de la Unión Europea.

El juez administrativo, en efecto, ante la petición de las partes de inaplicar la regulación nacional que contradecía el Derecho comunitario, o de elevar una prejudicial al Tribunal de Justicia, excluyó la primera hipótesis y consideró que no debía plantear cuestión prejudicial en cuanto «no pertinente» y no relevante para el caso a decidir.

La motivación se fundamentaba en que la regulación en cuestión era el resultado de una sentencia aditiva de la Corte constitucional —por tanto, según *«rime*

80 Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2006, C-170/03, asunto *Traghetti del Mediterraneo*; y de 24 de noviembre de 2011, C-379/10, asunto *Commissione c. Governo Italia*.

81 Entre otros: A. RUGGERI, «Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario», en A. RUGGERI, *«Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, Studi dell'anno 2005*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 397; F. DAL CANTO, «Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale», *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 587 y ss.

82 Decisión del Consejo de Estado, sección V, 8 de agosto de 2005, núm. 4207.

*obligate*» (rimas tasadas)<sup>83</sup>– que imponía un contenido determinado en aplicación del principio de tutela del derecho a la salud. Por lo tanto, con independencia de la eventual respuesta de Luxemburgo, el juez ordinario nunca habría podido inaplicar la normativa nacional, pues la decisión de la Corte constitucional obligaba al juez administrativo a aplicar la norma en cuestión, modificada por aquella a través de la sentencia aditiva en aras de la tutela de un derecho fundamental (y que habría entonces supuesto un «contra-límite» a la aplicación del Derecho de la Unión<sup>84</sup>).

Ahora, con el Auto núm. 24 de 2017 la Corte constitucional reafirma con fuerza su papel de interlocutor privilegiado, de actor principal en el diálogo con el Tribunal de Justicia, máxime cuando se trate de identificar y hacer valer los principios supremos del ordenamiento y los derechos inalienables de la persona como elementos que caracterizan la identidad y las tradiciones del país, ya que, a su rotundo criterio, éstos no consienten la incorporación en el ordenamiento estatal de reglas que abiertamente entren con ellos en conflicto.

La Corte constitucional, en la decisión arriba mencionada, afirma en efecto que *«en el ordenamiento italiano [la valoración de la compatibilidad de la regla de la UE con la identidad constitucional del Estado miembro] puede darse a través de la iniciativa del juez que, llamado a aplicar la regla, pide a esta Corte que compruebe la compatibilidad con los principios supremos del orden constitucional. Es pues obligación de esta Corte comprobar, en su caso, la incompatibilidad y por consiguiente excluir que la regla pueda ser aplicada en Italia»*.

83 La expresión es del ilustre jurista Vezio CRISAFULLI, y ha sido posteriormente incorporada en la jurisprudencia constitucional. Con ella se indica la circunstancia por la que la intervención «aditiva» de las sentencias de inconstitucionalidad no constituye una «creación» por parte de la Corte constitucional, pues el contenido aparentemente novedoso que se añade al texto normativo desciende necesariamente («según rimas tasadas») de los principios constitucionales, que la Corte simplemente explicita.

84 Sobre la obligación, para los jueces de última instancia, de plantear en caso de duda la prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia cuando ya se haya pronunciado la Consulta sobre el mismo particular, es de interés la decisión del Consejo de Estado, Sección IV, de 1 de junio de 2016, núm. 2334.

Una parte de la doctrina ha puesto de relieve cómo la petición de la parte de plantear una prejudicial euounitaria se proponía «puentear» la decisión del Constitucional, en la tentativa de obtener una solución distinta y más favorable para sus intereses (C. SCHEPISI, «Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?», *Osservatorio europeo*, 2 de diciembre de 2016, p. 5; N. PURIFICATI, «L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza», *Neldiritto.it*, 2016).

Estimo que esta evolución tenga que ser bien recibida, pues parece a todas luces más idóneo que para realizar las finalidades antes mencionadas sea el Juez constitucional el órgano mayormente calificado en el intercambio con el Tribunal de Justicia respecto de los jueces ordinarios, condición que garantiza más uniformidad en temas tan delicados como la resolución de los conflictos entre principios supremos del ordenamiento nacional y Derecho de la Unión o la aplicación de la teoría de los contra-límites. Esto no excluye reconocerles a los órganos jurisdiccionales ordinarios un papel relevante, tanto en relación con las Cortes constitucionales como con el Tribunal de Justicia.

## VII. SEGUNDA CONCLUSIÓN: LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO PLANTEADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO EVIDENCIA DE LA VOLUNTAD DE UN DIÁLOGO ENTRE CORTES (UN EJEMPLO NÍTIDO EN EL AUTO 24/2017)

En lo relativo al segundo aspecto, ya se ha dicho, para encontrar una solución al caso *Taricco* la Corte constitucional opta por el planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Un cauce que, hasta donde sabemos, nadie en la doctrina había anticipado.

Los primeros comentarios de los autores italianos aseveran que estamos ante un pronunciamiento «cortés en la forma, rocoso en el fondo»<sup>85</sup>, «diplomático, pero firme»<sup>86</sup>, «de claridad cristalina»<sup>87</sup>, «valiente, deferente, pero claro»<sup>88</sup>.

Sobre la base de los razonamientos realizados en los párrafos anteriores, es indiscutible que la Corte aprecia una nítida contradicción entre la regulación que

85 V. MANES, «La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"», *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

86 M. L. FERRANTE, «L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma», *diritti fondamentali.it*, 29 de enero de 2017, núm. 1.

Sobre el carácter diplomático de la decisión véase también C. CUPELLI, «La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di giustizia», *Diritto penale contemporaneo*, 2017.

87 V. GIGLIO, «La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017», *Filodiritto*, 2017, que afirma que hay que aprobar sin reservas la decisión en cuestión, que merece incluso ser mencionada en las «altas páginas» de la historia de la jurisprudencia constitucional italiana.

88 C. AMALFITANO, «La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo», *Euroius.it*, 2017.

deriva de la Sentencia *Taricco* del Tribunal de Justicia y los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano (principio de legalidad y de división de poderes, en particular). Por consiguiente, lo obvio y previsible sería esperar que, si el Tribunal de Justicia confirmara plenamente su previa lectura, en el sentido del deber de no aplicar el Derecho nacional, la Corte constitucional tendrá que emitir una sentencia de inconstitucionalidad de la normativa enjuiciada. En efecto, el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial contiene afirmaciones que en muchas ocasiones se alejan de la naturaleza estrictamente «interlocutoria»<sup>89</sup>, de las que difícilmente la Consulta podría retractarse. Es más: no resulta descabellado intuir que ha querido expresamente cerrarse las puertas a una revocación o retraimiento de su propia posición, infiriéndose que no tiene la más mínima intención de hacerlo.

La firme toma de posición va acompañada, no obstante, del ya mencionado tono diplomático y cortés del pronunciamiento, que se confirma por lo demás con la elección de un instrumento de colaboración y de diálogo, como el del reenvío prejudicial, en lugar del directo dictado de un pronunciamiento de inconstitucionalidad, que podría haberse recibido como un acto hostil y de oposición.

En este momento, como en una apasionante partida de ajedrez<sup>90</sup>, es el turno del Tribunal de Justicia para mover pieza. La doctrina ya ha avanzado algunas posibles soluciones y diseñado diversos escenarios. El primero de éstos contempla que el problema podría verse superado en razón de las recientes modificaciones legislativas aprobadas durante este tiempo en Italia; otro, definido como «diálogo pasivo», en el caso de que el Tribunal de Justicia siguiera una interpretación «esterilizante» de la Sentencia *Taricco* o al menos una relectura de la misma en el sentido de «taxativizar» los criterios allí enunciados; o también otro, del «diálogo activo» –definido ajedrecísticamente como «movimiento del caballo»– en el sentido de la máxima expansión de los derechos, es decir elevando la protección italiana al nivel de valor de la Unión Europea; y finalmente el de «enroque hacia atrás», en el sentido de la reafirmación por el TJUE de su propia jurisprudencia,

89 De la misma opinión también F. BAILO, «Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso *Taricco*», [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017.

90 V. MANES, (*La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco», cit.*) describe y reconstruye los hechos parangonándolos al juego de ajedrez y observa que la Corte constitucional ha puesto en jaque al Tribunal de Luxemburgo; no se trataría sin embargo de un jaque mate, siendo muchas las posibles salidas y conclusiones.

situando a la Corte italiana en la tesitura de o bien desistir o bien seguir en su postura y declarar la inconstitucionalidad<sup>91</sup>.

Se ha defendido que el Tribunal de Justicia también podría decidir, como vía de compromiso, limitar en el tiempo los efectos del propio pronunciamiento, estableciendo que la inaplicación debería valer sólo para los delitos cometidos tras la respuesta del mismo Tribunal a la cuestión prejudicial propuesta por la Corte italiana<sup>92</sup>.

Queda ahora esperar que el Tribunal de Justicia se muestre abierto a continuar en el mismo camino del diálogo. Lo que, como es obvio, no significa la aceptación necesaria y plena de las sugerencias y posiciones –en algunas ocasiones bastante firmes y precisas– mantenidas por la Corte, pero sí, cuando menos, un tono de cooperación que descarte un movimiento de enroque, de arrogancia o indignación, de reiteración engreída y sin matiz alguno de su propia posición.

El significado del diálogo entre los tribunales es precisamente el de limar los ángulos y aristas, sin pretender que una exigencia (por ejemplo, la de uniformidad) se imponga impasiblemente sobre las otras (por ejemplo, las tradiciones y los principios constitucionales del Estado miembro).

Así como es común que los componentes de un órgano colegiado busquen con espíritu de consenso y serenidad la solución que mejor pondere los diferentes valores comprometidos en un caso, así también en el diálogo entre los tribunales resultará útil este intercambio de decisiones, en la que cada una de las partes tienda a precisar mejor sus respectivas exigencias.

Por ello cabe calificar como un gran paso adelante la decisión de los Jueces constitucionales de autodefinirse como sujetos legitimados para proponer cuestiones prejudiciales y de hacerlo efectivamente, abandonando la previa posición de aislamiento para derivar, en cambio, en una práctica que, aunque pueda desembocar en

91 En relación con las cuatro hipótesis resumidas en el texto puede verse V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, cit.

Sobre la hipótesis de considerar el principio de legalidad (así como es interpretado en el Derecho italiano) como un principio general del Derecho de la Unión, interpretando el art. 49 de la Carta de los Derechos de forma que incluya también la prescripción y adquiriéndose así en la Unión los valores comprendidos en el contra-límite afirmado por Italia, véanse también C. AMALFITANO, *op. cit.* y, más detenidamente, C. AMALFITANO y M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 176.

92 C. AMALFITANO, *op. cit.* En opinión de C. CUPELLI, *op. cit.*, al Tribunal de Justicia le queda elegir sólo entre dos opciones: dar un paso atrás, aceptando la interpretación correctiva sugerida por la Corte constitucional italiana, o seguir adelante en su camino, aceptando el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad.

un diálogo en divergencia, persiga la obtención de puntos de encuentro y favorezca, en todo caso, la colaboración.

Debe ser, en consecuencia, valorada muy positivamente la decisión del Juez constitucional italiano en el caso *Taricco*, celebrada, por ello, la formulación de una prejudicial europea antes de resolver de modo definitivo, permitiendo al Tribunal de Justicia responder desde un diálogo abierto. Sólo resta esperar que el Tribunal de Luxemburgo no cierre bruscamente esa cooperación entre Cortes (como hiciera, desafortunadamente, en el antes mencionado caso *Melloni*)<sup>93</sup>.

### **Resumen**

*El presente trabajo se adentra en el debate sobre la teoría de los contra-límites con una doble intención. Por un lado, desde una perspectiva más general, conduce un análisis de la evolución en la aplicación de la aludida teoría por las jurisdicciones italianas (ordinarias y constitucional). Asimismo, evidencia las dificultades que la tutela multinivel de los derechos ha puesto de manifiesto en las relaciones entre jueces nacionales y supranacionales, y sugiere algunos de los instrumentos aptos para reducir las posibles contradicciones entre sus resoluciones. De otro lado, como demostración, si se quiere, de la utilidad de algunos de los métodos de «diálogo entre Tribunales» enumerados, el trabajo analiza la que constituye la última pieza (hasta el momento) del notorio «caso Taricco», a saber: el Auto 24/2017 de la Corte constitucional italiana, con el que el Juez constitucional plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Evidentes las razones de la trascendencia del caso: el Constitucional italiano no se limita a solicitar la interpretación de una normativa de la Unión, sino que pide al Tribunal de Justicia que vuelva a reflexionar sobre la lectura del art. 325 TFUE que el mismo proporcionó en una decisión anterior. En caso contrario, la Corte italiana «alerta» de la posibilidad de la activación de los «contra-límites», en razón de la existencia de un contraste entre la interpretación del Derecho de la Unión y los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano. El tono contundente pero cortés de la resolución de la Corte permite deducir la voluntad del Constitucional de abrir un diálogo directo con el Tribunal de Luxemburgo, sin renunciar a su rol de garante de los principios y derechos fundamentales del orden constitucional.*

93 Como mencionamos en la nota 4, este trabajo se encontraba en fase de publicación cuando salió la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial planteada con el Auto de la Corte constitucional italiana 24/2017. La Gran Sala del Tribunal de Justicia se ha demostrado receptiva con las afirmaciones del Constitucional italiano y no ha cerrado la puerta al diálogo y a la colaboración, declarando en el fallo que se mantiene la interpretación del art. 325 TFUE proporcionada en su sentencia de 8 de septiembre de 2015, a menos que la misma «implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción».

**Palabras Claves**

*Taricco, Contra-límites, Diálogo entre Tribunales, Tribunal de Justicia, Corte constitucional italiana, Interpretación del Derecho de la Unión Europea, Cuestión prejudicial, Prescripción y lucha contra el fraude fiscal.*

**Abstract**

*This article approaches the debate on the theory of «counter-limits» with a double purpose. On the one hand, from a more general perspective, this paper carries out an analysis of the evolution in the application of the aforementioned theory by the Italian jurisdictions (ordinary and constitutional). It also highlights the difficulties that the multilevel protection of rights has shown in the relations between national and supranational judges, and it suggests some of the instruments that reduce the possible contradictions between their resolutions. On the other hand, as a demonstration of the usefulness of some of the methods of the «dialogue between Courts» listed, the article analyses what constitutes the last piece (until now) of the notorious «Taricco case»: the Order 24/2017 of the Italian Constitutional Court, with which the Constitutional Court issues a preliminary ruling before the Court of Justice of the European Union. The importance of this Order is evident: the Italian Court not only asks for the explanation of European regulation, but also calls upon the Court of Justice to reflect again on the interpretation of article 325 TFEU given by the same European Court in a previous decision. Otherwise, the Italian Court alerts that she would activate the «counter-limits» given the contrast between the interpretation of European law and the supreme principles of the Italian constitutional order. The overwhelming but courteous tone of the Court's decision allows us to deduce the Constitutional will to open a direct dialogue with the Court of Luxembourg, without renouncing its role as guarantor of the fundamental principles and rights of the constitutional order.*

**Key Words**

*Taricco, Counter-limits, Dialogue between Courts, European Court of Justice, Constitutional Court of Italy, Interpretation of European Law, Preliminary Ruling, Prescription and fight against tax fraud.*

Recibido: 6 de septiembre de 2017

Acceptado: 6 de diciembre de 2017

# Perfiles/Noticias

---



## RETRATO DE FRANCISCO RUBIO LLORENTE

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de  
Granada*

Fue, desde luego, un personaje único. Si hubiera nacido en Francia su nombre tendría un lugar en el Panteón de las figuras ilustres que contribuyeron a la construcción del espíritu republicano. Si lo hubiera hecho en el Reino Unido, le habrían concedido un título nobiliario. Nada de eso le habría gustado a él, ciertamente. Habría utilizado su *self-deprecating humor* para evidenciar el profundo sinsentido que tienen esos honores para quien los recibe. Otra cosa podría decirse de quien los otorga. Porque ese reconocimiento genera identidad colectiva y contribuye a fortalecer la representación que una sociedad se hace de sí misma.

Fue siempre un hombre lleno de ambiciones. No personales, pese a que desempeñara cargos muy relevantes, porque esos puestos eran para él un medio para hacer cosas. Lo importante era la posibilidad de transformar la realidad, por limitada que pueda parecer para un jurista. Precisamente Rubio demostró hasta qué punto es posible utilizar el Derecho como instrumento de desarrollo cívico y de racionalización de la convivencia. De ahí también su indignación frente a la irracionalidad creciente de un espacio público cada vez más enrarecido y alejado de los ideales que inspiraron nuestro sistema constitucional.

Lo que más me interesó de él no fue, a pesar de la extraordinaria relevancia de su magisterio, su condición de constitucionalista, sino su deslumbrante personalidad. Creo que en cualquier otro oficio que le hubiera reservado el destino habría sido siempre un hombre carismático, con unas dotes de observación extraordinarias y un sentido de la vida muy intenso que mantuvo hasta el final. Con más de ochenta años costaba seguir su ritmo cuando caminaba veloz con el bastón, como si quisiera

demostrarse a sí mismo que nunca había que bajar la guardia, que había que mantener el tipo en todo momento.

La primera impresión que te daba cuando lo conocías era la limpieza de su mirada, que desprendía una inteligencia fuera de lo normal. Era también una forma de energía, que se manifestaba igualmente a través de sus palabras. Tenía una habilidad extraordinaria para llegar al centro de los problemas y podía iluminarte con un comentario ocasional, haciéndote ver cosas que no habías pensado o verlas con una perspectiva diferente a la que tú habías adoptado. Disfrutaba de esa capacidad, que tan pocas personas poseen, de recrear el mundo que conocemos y de comprenderlo, para ofrecérselo después con toda sencillez, como si fuera algo obvio que, sin embargo, nosotros no habíamos percibido previamente.

Conocerle fue un privilegio, en mi caso tardío, porque no formaba parte de su grupo académico, aunque siempre tuve una conexión indirecta con él a través de uno de mis mejores amigos, Javier Jiménez Campo. Creo que un discípulo como Javier sólo podía tener un maestro como Rubio Llorente. Con él creció intelectual y personalmente como también lo hicieron los extraordinarios juristas de los que supo rodearse y que prolongaron su obra, desde la primera generación (Manuel Aragón, Ignacio de Otto, Pedro Cruz, Juanjo Solozábal, el propio Javier, entre otros) a los que han seguido después, formando sus propias escuelas, como Paloma Biglino o Francisco Bastida.

Quizás la condición postrera de mi relación con Rubio es la que hizo que tuviera con él una amistad especialmente armónica. Cariñosamente se quejaba Paloma Biglino, de que a mí nunca me reprendía ni me reprochaba nada. Creo que, en parte, porque no se veía en la obligación, que uno siente respecto de sus discípulos, de orientarlos y guiarlos cuando es necesario. Seguramente también, porque algunas de las ocasiones en que quedábamos, con motivo de sus viajes a Granada para ver a su hijo Rafael, estábamos en un contexto teñido inevitablemente de una dimensión familiar. Se le veía entonces relajado, diría que despreocupado, al menos hasta los últimos tiempos, en que tantas cosas de las que él contribuyó a construir en nuestro país se comenzaron a ver en peligro, por el deterioro de una situación política interna y europea cada vez más inquietante.

Desde esa dimensión familiar, resultaba evidente que su figura no podía entenderse sin Felicia como creo que tampoco la personalidad de Felicia podría entenderse sin la convivencia de tantos años con él. Los avatares de la vida los llevaron juntos a través de paisajes muy distintos, no siempre apacibles y serenos. Como muchas otras personas, experimentaron en sus propias biografías el peso de la historia reciente de nuestro país y sobrevivieron y se hicieron más fuertes con las dificultades.

Esa fortaleza interior de Felicia debió ser un anclaje muy sólido para él a través de las pruebas a las que le sometió la vida.

Tengo que reconocer que nunca me planteé seriamente que Rubio pudiera morir. Tiendes a ver la vida como una forma de energía y la suya no parecía que pudiera agotarse. En realidad, nos ha dejado en plenitud y, a pesar de lo que pudiera pensarse por su edad, antes de tiempo, sin haber cubierto su ciclo vital. No había señal alguna de cansancio en él ni nada que hiciera pensar en otra cosa que en los proyectos que continuamente te contaba en relación con sus múltiples actividades. Sencillamente, no parecía tener un momento disponible como para preocuparse siquiera de esa posibilidad, que parecía muy remota.

Pero algo cambió en el tono de sus últimos mensajes. En los que nos escribía a un grupo de amigos (entre otros, Juan Luis Requejo, Agustín Menéndez o Francesc de Carreras) se podía percibir, al doblar el año 2015, una inquietud que yo atribuí al deterioro de la situación política en nuestro país. Le preocupaba especialmente la deriva independentista en Cataluña, con una mentalidad muy abierta y un deseo de aportar soluciones que había manifestado públicamente en diversas ocasiones. Después, resultó evidente –ya avanzado el mes de enero de 2016– que había algo más en el desasosiego que se vislumbraba detrás de sus palabras.

Teniendo en cuenta todo lo que ha pasado en ese *annus horribilis* de 2016 que él apenas si vio, creo que habríamos tenido muchas ocasiones para disfrutar de su fina ironía, comentando algunos de los acontecimientos que lo marcaron a partir de junio (el referéndum sobre el *Brexit*, el golpe en Turquía, las elecciones presidenciales norteamericanas) y que siguen definiendo nuestra actualidad cotidiana. En lo que se refiere a nuestro país tenía mucho que aportar en estos tiempos tan convulsos en los que una voz tan autorizada como la suya era muy necesaria.

En cuanto a mí, sólo puedo decir que lo echo de menos. Como con otros amigos de fuera de Granada, lo que más noto es el teléfono al que ya no puedo llamar o el silencio inevitable del email. También echo de menos las conversaciones que teníamos en las reuniones del Consejo de Redacción de la REDC o en los congresos o seminarios en los que coincidíamos. La muerte interrumpe los diálogos y separa las voces de los ecos y los reflejos de las luces. Pero nada de eso se extingue totalmente.

La última vez que le vi fue con motivo de su visita a Granada, en octubre de 2015, para presentar un documental que Miguel Beltrán y Daniel Sarmiento habían preparado sobre los primeros años del Tribunal Constitucional (*Un Tribunal para la Constitución*) y en el que, como era previsible, su figura tenía un papel protagonista. El documental, adquiere hoy un nuevo significado como testimonio de la vida y

obra de Rubio Llorente, en una faceta especialmente relevante como es la de la formación del Tribunal Constitucional español.

Recuerdo una anécdota que le comenté con motivo de una conferencia que impartió en nuestra Facultad, hace ya muchos años (como dice Juanjo Solozábal, para nosotros, de todo hace ya muchos años). Se trataba de algo que parece ser que ocurrió durante una visita de Ortega y Gasset a Granada. Según dicen, asistió a una actuación de «la gazpacha» en el Sacromonte y cuando alguien gritó ¡viva el talento! refiriéndose a la cantaora, Ortega se levantó de su asiento, muy ceremonioso, para saludar y corresponder a un elogio que creía destinado a él, sembrando el desconcierto entre el público.

Sin desmerecer otras artes, dado que siempre he admirado la inteligencia y he creído en la trascendencia de la labor de los juristas para el progreso social y cultural, me permito ahora terminar esta semblanza de Francisco Rubio Llorente con una exclamación dedicada a quien ha sido uno de nuestros más insignes intelectuales, un auténtico modelo de jurista europeo –como lo definiera mi maestro alemán, Peter Häberle– y una persona excepcional que abrió muchos caminos y amplió la línea de nuestros horizontes: ¡viva el talento!

### **Resumen**

*Este breve texto es una evocación del recuerdo del prestigioso constitucionalista español Francisco Rubio Llorente.*

### **Palabras Claves**

*Francisco Rubio Llorente, Derecho constitucional.*

### **Abstract**

*This short text is a remembrance of the well-known constitutional law Professor, Rubio Llorente.*

### **Key Words**

*Francisco Rubio Llorente, Derecho constitucional.*

Recibido: 1 de julio de 2017  
Aceptado: 31 de julio de 2017

# Textos clásicos

---



# **<sup>1</sup>EL HORIZONTE JURÍDICO DE INTERNET\***

VITTORIO FROSINI

## **SUMARIO:**

- I. Del ochocientos al novecientos: el advenimiento de mundo virtual.
- II. La herencia del novecientos al dos mil: el internet.
- III. La actual limitación espacial de internet.
- IV. La limitación temporal de los mensajes vía internet.
- V. Los dos niveles jurídicos de internet.
- VI. El carácter metapolítico de internet.
- VII. Cambios en el derecho a la libertad informática.
- VIII. El libre mercado de internet.
- IX. Hacia un ordenamiento jurídico mundial de internet.
- X. La regulación del comercio electrónico a través de internet.
- XI. Patología de las comunicaciones vía internet.
- XII. Dos concepciones del derecho telemático.
- XIII. «Post scriptum».

## **I. DEL OCHOCIENTOS AL NOVECIENTOS: EL ADVENIMIENTO DE MUNDO VIRTUAL**

El tejido histórico del siglo XX se encuentra íntegramente atravesado por el hilo rojo de los avances en telecomunicaciones. El ochocientos había ya marcado dos etapas significativas al respecto, a partir de la decisiva innovación del uso de señales transmitidas por medio de pulsos electromagnéticos. El primer instrumento de transmisión fue a través de un cable por el que se desplegaba una corriente eléctrica y se hacía pasar luego por una aguja, siendo patentado en los EE.UU. en 1837; Samuel Morse, el inventor del código binario (puntos y rayas), y llamado así código Morse, patentó su método en 1843 e implantó la primera red de telégrafos. Y después de que A.G. Bell hubiera allanado el camino, D.E. Hughes construía en 1878 el primer micrófono para un sistema telefónico. Pero el verdadero salto a un nuevo mundo fue el dado por Guglielmo Marconi a principios del nuevo siglo, en el 2 de diciembre de 1901, cuando éste se las arregló para transmitir un mensaje radiofónico desde Cornwall, en Gran Bretaña, al otro lado del océano, a la isla de Terranova, cerca de Canadá.

\* Traducido del italiano por Juan F. Sánchez Barrilao.

De este modo es que se suprimiera el cable de transmisión directa desde el transmisor hasta el receptor, inicialmente considerado como indispensable; el mensaje de radio, a través de las ondas del éter que lo portaban, tenía ahora una capacidad de expansión radial, al difundirse desde un punto preciso a todo su entorno y poder ser captado desde cualquier otro: su carácter se puede definir entonces de onnicéntrico, pues cualquier punto de transmisión o de recepción es un centro. El mundo entero venía así a envolverse en una red invisible de comunicaciones y nacía un nuevo mundo virtual.

## II. LA HERENCIA DEL NOVECIENTOS AL DOS MIL: EL INTERNET

Durante el novecientos el uso de sistemas de conversión de mensajes en impulsos electromagnéticos mediante un código binario se vería también extendido, tras la llegada de los ordenadores y la consiguiente aparición de la tecnología informática, a las comunicaciones a distancia mediante la telemática. También en este campo se advierte un progreso similar a lo señalado antes: con el recurso a los repetidores de televisión, y luego con el de los satélites, sería posible extender a todo el globo las telecomunicaciones vía éter. La contribución más reciente a esta tecnología es la proporcionada por el teléfono celular, con el que es posible transmitir mensajes en forma onnicéntrica, superando todos los límites de tiempo y espacio en la comunicación, pero limitándose a dos interlocutores.

Pero la gran novedad en el mundo de la telemática, que (por así decir) transmite el Siglo XX a lo que después surgiría en el dos mil, es la creación de una red mundial de transmisión electrónica, la «World Wide Web», o la red de redes o Internet. Sin embargo, ésta presenta todavía, conforme al actual estado de la técnica, una condición de empleabilidad que está entre el ochocientos y el novecientos, pues depende aún del uso de cables para su transmisión; no obstante, dichos cables coaxiales pueden portar una cantidad de información muy superior a la de los hilos telefónicos.

Es por ello que los problemas jurídicos relativos a Internet, y que son objeto de esta nota, hayan de distinguirse en dos categorías generales, de manera similar a lo que ya pasó en relación con los ordenadores, según que nos refiramos al hardware (es decir, a la maquinaria, a los instrumentos físicos de conexión) o al software (es decir, al contenido de la comunicación virtual).

## III. LA ACTUAL LIMITACIÓN ESPACIAL DE INTERNET

Por supuesto que estos dos campos de cuestiones están interconectados entre sí, tanto en relación con el uso práctico de la transmisión a través de Internet, como al respecto de la regulación legal que aún continúa siendo diseñada según que se trate de uno u otro aspecto de la tecnología telemática: es decir, el equipo técnico y la estructura comunicacional. Por otra parte, y aunque para Internet, sigue siendo necesario hacer referencia al espacio y al tiempo, los cuales no pueden ser considerados independientes entre sí.

De acuerdo con una concepción doctrinaria ampliamente reconocida y una realización práctica aplicada por todo el mundo, la superficie del orbe terrestre está dividida en territorios que pertenecen y competen jurídicamente a cada uno de los Estados. Si bien las comunicaciones aéreas y la exploración espacial han llevado a los teóricos a operar una revisión radical de esta vieja ideología jurídica (basta pensar en la teoría de Kelsen sobre la soberanía del Estado en forma de cono, del centro de la tierra a la cúpula celeste), todavía se mantiene y se acepta que las infraestructuras de teletransmisión vía Internet estén sujetas a las autoridades administrativas (y legislativas, obviamente) del Estado en cuyo territorio se encuentren.

A través del control que permite sus funciones, las autoridades de vigilancia (que también pueden ser miembros del poder judicial) pueden, por tanto, intervenir en el circuito de información mediante sus medios de verificación, bloqueando el funcionamiento de la conexión de red telefónica. Y por ello que la red de Internet, aunque intensa en su poder de difusión, pudiéndose definir como policéntrica (pero no onnicéntrica, como sí sucede en el caso de las estaciones de radiodifusión o televisivas), todavía se encuentre sujeta a una limitación espacial. En un futuro próximo, sin embargo, ella sufrirá un profundo cambio cuando resulte proscrita la transmisión por cables y se proceda a una transmisión vía éter mediante repetidores desde el espacio<sup>1</sup>.

#### IV. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LOS MENSAJES VÍA INTERNET

Otra cuestión que asimismo se ha de tener en cuenta es la relativa a la superación de los límites temporales (dado que característica de la transmisión por Internet), pues la transmisión tiene lugar en tiempo real y permite la simultaneidad del envío y de la recepción del mensaje. No obstante, también es que surjan cuestiones jurídicas al respecto de la dimensión temporal de las comunicaciones; y ello, al venir el tiempo terrestre determinado por la rotación de nuestro planeta sobre sí mismo y en relación con el sistema solar. Así, un mensaje enviado a una hora determinada en un día determinado de Sydney, aunque llega de inmediato al receptor destinatario, no lo hace a la misma hora del mismo día si la otra persona se encuentra en Roma o en Nueva York: se produce entonces una disociación temporal, debido a la diferencia en la longitud, lo que puede afectar seriamente a la calidad del mensaje en cuanto a lo que se ha definido como estructura comunicacional.

No se trata así sólo de los términos contractuales, pues los plazos válidos de aceptación de propuestas o de su ejecución están indicados en los singulares ordenamientos jurídicos; es que la aceptación y la ejecución pueden además coincidir, como sucede en los contratos de bolsa con las operaciones de compraventa de acciones. Pero ello también se puede comprobar en otra variedad de casos fácilmente imaginables, como son: desde la consigna de

1 Sobre la problemática actual, véase la detallada reseña que se encuentra en el volumen de F. CARDARELLI y V. ZENO-ZENCOVICH, «Il diritto delle telecomunicazioni», Ed. Laterza, 1997.

una nota diplomática, a la publicación de una noticia periodística; o desde la información de la apertura o el cese de una actividad, a las disposiciones de última voluntad. (con todo, véase el «post-scriptum»).

## V. LOS DOS NIVELES JURÍDICOS DE INTERNET

El factor espacial presente en las comunicaciones por Internet se conecta a la relación estrictamente legal de la soberanía de los Estados individualmente considerados, a la par que a la sujeción de singulares ordenamientos jurídicos a convenios internacionales o, como sucede en el caso de la Unión Europea, a la aceptación del principio de subsidiariedad vertical en el sector de las telecomunicaciones. Y de este modo que se desarrolle una intrincada red de relaciones jurídicas, que toma también expresión en las decisiones jurisdiccionales tanto de tribunales nacionales, como de cortes internacionales.

Es así que, desde esta perspectiva, sea útil distinguir entre dos niveles diferentes al respecto de la consideración jurídica de las experiencias de Internet, según que la normativa se refiera a la infraestructura técnica de las comunicaciones, o a aspectos comerciales, penales o de orden público del contenido de los servicios de telecomunicación.

En cuanto al primer nivel, la regulación de su coordinación puede establecerse con acuerdos interestatales siguiendo una directiva unitaria; es el caso de la utilización de estándares en los servicios de telecomunicaciones en relación con la homologación de equipos terminales (según se define en la Directiva comunitaria de 23 de julio de 1986, núm. 361, e implementada en Italia con D.M. del Ministro de Coordinación de Políticas de la Comunidad de 28 de mayo de 1988, núm. 220, y con la Directiva CEE de 22 de diciembre de 1987, núm. 95, y que entraría en vigor en Italia el 8 de febrero de 1988).

## VI. EL CARÁCTER METAPOLÍTICO DE INTERNET

Antes de llevar a cabo un examen detallado de los relevantes problemas jurídicos que presenta Internet, es conveniente destacar algunas de sus características.

Internet ha adquirido, rápidamente, una extensión a escala mundial, y esto de forma exponencial: es decir, no de manera progresiva, si no a partir de la multiplicación continua de sus usuarios; es por ello que no sea posible proporcionar información actualizada sobre su consistencia a día de hoy, si bien cabría evaluarse en orden a cientos de millones de personas.

Con todo, la red se ha expandido por todo el mundo, creando una verdadera globalización de la información, como también ha ocurrido con ocasión de las operaciones comerciales y financieras. Estas últimas son fenómenos de dimensión internacional, con las que Internet comparte un carácter fundamental: su condición de «metapolítica»; es decir, nacido como Arpanet para las necesidades de la defensa de los Estados Unidos a fin de conectar los centros militares en caso de ataque nuclear, se ha convertido al tiempo en

una red de comunicación esencialmente entre privados, y que luego se ha extendido a la gente de todo el mundo. Por lo tanto, es que Internet vaya más allá de las fronteras de los Estados-nación, supere las barreras aduaneras, elimine las diferencias culturales entre los pueblos y juegue hoy un papel importante en el destino de la humanidad. Y ya que lleva a cabo una relación a nivel mundial entre personas de todas las clases, que cree o acredite una percepción común de la humanidad, conforme a la cual todo hombre puede identificarse con otro hombre.

Estas notas, que son muestra de los caracteres de Internet, contradicen algunos de los puntos de vista doctrinales tradicionales, aunque también confirman otros. No en vano, Internet ha creado la imagen de un mercado libre y sin fronteras, al que ni siquiera las teorías económicas más audaces han sido capaces de hipotetizar. Ella, por sí, ha realizado una forma de sociedad anárquica, consistente en relaciones entre distintos individuos en plena libertad<sup>2</sup>.

## VII. CAMBIOS EN EL DERECHO A LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Internet ha puesto también en evidencia un nuevo derecho individual de libertad personal, desconocido en la edad precedente: el derecho a la libertad de información. Esta fórmula, en su enunciación original de 1981, significaba que al ciudadano se le atribuía el derecho de disponer del uso de sus datos personales destinados al tratamiento informático. Es por ello que la ley estaba fuertemente dirigida a garantizar su derecho a la privacidad, o «right to privacy», en defensa de la intimidad de una persona. Éste era, por tanto, un derecho que tenía carácter protector de la autonomía individual, más en función de una demanda de protección pasiva frente a los detentadores del poder informático, ya fueran particulares o autoridades públicas.

Pero con Internet el significado original de dicha ley ha cobrado un sentido nuevo, en una posición dialéctica con la anterior; ha devenido en una pretensión de libertad en sentido activo, no como libertad «frente», sino como libertad «de» y consistente en hacer uso de las herramientas informáticas para proporcionar y obtener información de todo tipo. Es el derecho a participar en la sociedad virtual, la cual se ha forjado a partir de la llegada de los ordenadores a la sociedad tecnológica: es ésta una sociedad de componentes móviles y de relaciones dinámicas, y en la que cada individuo participante es soberano en sus decisiones.

Es mediante las múltiples conexiones que supone Internet, que alcance una nueva proyección difusa uno de los principales derechos humanos reconocidos como tal: el derecho a la libertad de pensamiento y expresión reconocido a todos los hombres, y en su modalidad de libertad de comunicación. Ésta es una libertad diversa de la formulada en el art. 21 de la Constitución italiana, conforme al cual «todos tienen derecho a manifestar

<sup>2</sup> Para una amplia panorámica, véase P. COSTANZO ahora, «Internet (diritto pubblico)», en «Digesto disc. pubbl.», IV ed., agg., Torino, 2000.

libremente el propio pensamiento mediante la palabra, la escritura y cualquier otro medio de difusión». Es así que ya no se trate sólo de la libre expresión de pensamiento del individuo, sino de la capacidad de establecer una relación, de transmitir y solicitar informaciones, de poder disponer sin limitaciones al nuevo dominio de conocimiento conferido por la telemática, y que sin embargo se niega y se reprime en ciertos países.

## VIII. EL LIBRE MERCADO DE INTERNET

Este nuevo poder social, que es el poder informático para recoger, almacenar, procesar y transmitir cualquier información, y que pueden referirse incluso a las personas y a su vida privada, representa un nuevo instrumento de control de las vidas de las personas, pues puede dar lugar a diversas formas de utilización de dichos datos respecto a fines diversos, e incluso desviados, de los inicialmente consentidos. A tales efectos, téngase en cuenta el fenómeno tan extendido en las avanzadas sociedades industrializadas de las tarjetas de crédito como medio válido de pago de compras, incluso respecto a operaciones a distancia a través de Internet. El nombre y el código del número de una tarjeta de crédito reenvían a toda una variedad de información: ellas se encuentran conectadas a una cuenta bancaria, y permiten la creación de ficheros de datos personales indicativos de la capacidad económica, de hábitos o preferencias en el consumo, de desplazamientos y de personas frecuentadas (al revelar la copresencia).

Ahora, y en relación con Internet, el uso de estos instrumentos de pago es el más difundido, pues permite la circulación de dinero electrónico y consiente una rapidez en el intercambio antes inconcebible. Mas, de otro lado, la paralela circulación de la información, que contiene o se deriva de las tarjetas de crédito, se presta también, sin embargo, al abuso de todo tipo con ocasión del robo o del mal uso de los datos. Asimismo, se experimentan serias dificultades con ocasión de la resolución de conflictos de intereses, ya que, si la venta se lleva a cabo entre un comprador y un vendedor residentes en países diferentes y distantes, devienen insuficientes los clásicos medios de resolución de problemas legales que suponen el recurso a los tribunales nacionales, de modo que se hace uso de diversas formas de arbitraje, y a una especie de nueva «lex mercatoria».

La complejidad de las relaciones a través de Internet implica una serie de complicaciones en un mercado que puede decirse libre, pero no homogéneo; por ello es que se confirme el principio según el cual el mercado sólo puede considerarse verdaderamente libre si su libertad está protegida por normas y sanciones jurídicas.

## IX. HACIA UN ORDENAMIENTO JURÍDICO MUNDIAL DE INTERNET

Aunque ya existe en el presente, en el horizonte jurídico del siglo que comienza, una legislación nacional italiana y una legislación comunitaria en relación con la regulación legal de las redes telemáticas, hay también un enfoque hacia su dimensión mundial: así, el

informe presentado por el Comisario Europeo de Industria Martin Baugemann, de 26 de mayo de 1994, y significativamente titulado «Europe and the global information society – Recommendations to the European Council»; en él se formulaba ya el objetivo de una «Global Information Infrastructure», y vendría a encarrilar, en los años siguientes, los trabajos llevados a cabo en las conferencias de Ministros.

El autor de estas notas, en trabajos anteriores, ha examinado los caminos tomados en el campo jurídico relativo a la telemática tanto a nivel nacional, como de la Comunidad Europea; a ellos, por tanto, se reenvía para un análisis crítico, pues no se considera apropiado repetir o reanudar dicho análisis en esta sede, donde Internet se sitúa en el centro de un horizonte más amplio<sup>3</sup>.

Sin embargo, debe reconocerse que el objetivo de ampliar al escenario mundial la regulación jurídica de Internet parece estar muy lejos de alcanzarse. Baste recordar a este respecto que sigue existiendo un marcado contraste entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América, detentadores del mayor poder informático en el mundo; con relación al «Transborder Data Flow», el flujo transfronterizo de datos personales, como libre exportación y circulación de estos datos, ya está sujeto a una protección especial en Europa, como sucede en Italia con la Ley de 31 de diciembre de 1996, núm. 675 y siguientes, y las disposiciones emitidas por el Garante de datos.

## **X. LA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO A TRAVÉS DE INTERNET**

En tiempos muy recientes, el problema del comercio electrónico internacional a través de Internet ha prendido un nuevo motivo de reclamo y de polémica en el mercado de valores, ante la incursión producida por empresas que operan principal o exclusivamente en el campo de Internet.

Se debe reconocer que el legislador italiano ha procedido, con el D.L. de 31 de marzo 1998, núm. 14, a regular el comercio electrónico, mencionado como tal en el art. 21 de la citada Ley; a ello se acompaña el documento relativo a las «Líneas de política industrial para el comercio electrónico» del Ministerio de la Industria, de julio de 1998, y conforme al cual el Ministerio ha establecido un Observatorio permanente para el comercio electrónico.

A nivel europeo hay que destacar la propuesta de Directiva promovida por el Comisario italiano Mario Monti, y aprobada el 18 de noviembre de 1998. Ésta, después de fijar las directrices para la regulación jurídica de la materia (de conformidad con el principio de subsidiariedad vertical consagrado en el Tratado de Maastricht), deja a los Estados miembros la realización de las modalidades concretas de aplicación mediante la definición de códigos de conducta, mas, por otro lado, proveyendo también la definición de reglas y he-

<sup>3</sup> Los ensayos en cuestión están ahora incluidos en el volumen de este autor, «Il giurista e le tecnologie dell'informazione», ed. Bulzoni, Roma, 1998.

rramientas jurídicas necesariamente requeridas para el desarrollo del comercio electrónico en todo el mundo.

Tal libertad de iniciativa económica «on line» no requiere de necesaria autorización previa y permite la celebración de contratos por vía electrónica, con la excepción de aquéllas que requieren la presencia de un notario público o han de inscribirse en una oficina pública. La propuesta también prevé una mayor protección de los consumidores y usuarios, y la creación de órganos de resolución de conflictos extrajudiciales a fin de resolver los conflictos de menor importancia por vía electrónica.

## XI. PATOLOGÍA DE LAS COMUNICACIONES VÍA INTERNET

Los servicios para el intercambio de la muy diversa información que proporciona Internet tienen un carácter, como se ha dicho, metapolítico (o cosmopolita, si se prefiere), en cuanto que se extienden más allá del ámbito territorial de los Estados; pero ello, sin perjuicio de un ejercicio ordinario de control por la autoridad pública a fin de prevenir o reprimir ciertas formas de delincuencia, referidas tanto a la gestión técnica de las transmisiones como al contenido de los mensajes.

La civilización tecnológica, de hecho, es también portadora, al igual que cualquier otra experiencia histórica de la humanidad, tanto de beneficios como de perjuicios; y entre estos últimos indicamos, y con especial referencia al favorecimiento consentido por Internet en las comunicaciones y la difusión de conductas ilegales, el infame comercio internacional de menores para satisfacer los deseos de pedófilos, y la peligrosa propaganda de métodos y medios de destrucción a manos de terroristas.

No es fácil contrarrestar las informaciones criminales que se transmiten en el ciberespacio por el que se desarrolla la actividad de Internet, pues en el intento de limitar los daños se corre el riesgo de comprometer la propia energía que impulsa Internet: la libertad de información.

Considérese así, por ejemplo, el caso de la «Computer Decency Act», ya vigente en los Estados Unidos para la protección de programas en relación con delitos contra la decencia, y que fue declarada inconstitucional con una larga y elaborada Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal Federal en cuanto que contraria a la Primera Enmienda de la Constitución (según la cual el Congreso no puede aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión de los ciudadanos).

Al respecto de Italia, hay que tener en cuenta el D.M. del Ministerio de Correos de 13 de julio de 1995, núm. 385 (llamado el Decreto Fumagalli por el nombre del Subsecretario de la época, Ombretta Fumagalli), que contenía una lista estricta de prescripciones y prohibiciones de carácter ético relativa a las transmisiones dirigidas a los menores: «no deben inducir al usuario a utilizar alcohol, tabaco, drogas o medicamentos, y de ningún modo pueden presentar formas y contenidos de carácter erótico, pornográfico u obsceno».

## XII. DOS CONCEPCIONES DEL DERECHO TELEMÁTICO

Existe ya una amplia literatura sobre los problemas jurídicos que suscita la aparición de Internet (en 1993), y más en general sobre los que vienen aflorando en el espacio jurídico abierto por la realidad virtual; es así que hablemos ahora de «cyberlaw», como nuevo sistema jurídico del mundo virtual. La cuestión que se plantea es, sin embargo, la siguiente: ¿el Derecho de Internet consiste en una mera extensión y adaptación del preexistente a nivel nacional, comunitario e internacional a las nuevas necesidades que supone el nuevo sistema de telecomunicaciones? ¿O bien requerirá la composición de un nuevo Derecho, en correspondencia y en coherencia a las innovaciones tecnológicas de las conexiones en la red global?

Como es obvio, muchas de las aportaciones de la doctrina y de la práctica jurisprudencial pueden asimismo contribuir en relación con el régimen jurídico de Internet. De hecho, se ha afirmado (por Guido ALPA, en su prólogo al volumen «I problemi giuridici di Internet», coordinado por Emilio TOSI, Giuffrè, 1999): «El espacio cibernético y los sistemas de navegación dentro de él no parece diferir, salvo en la técnica y en la materia, de otros espacios a los que se ha dedicado el jurista, tales como el espacio marítimo, o el aéreo, o el espacial». Sin embargo, y como reconoce el propio autor que hemos citado, existen relevantes elementos novedosos que no consienten una reducción de los problemas rebelados en el lecho de Procusto de la enseñanza anterior. Por el contrario, se puede ser de la opinión de que se deba dar lugar a una verdadera codificación del «cyberlaw», pues el elemento fundamental de la novedad es el hecho de que Internet sea un mercado de informaciones y de intercambios económicos a un nivel verdaderamente planetario, y por tanto sea necesario establecer un código global al igual que para las Naciones Unidas fue necesario establecer un sistema de relaciones internacionales nuevo y distinto a cualquier otro. De hecho, sería precisamente competencia de las Naciones Unidas proceder a la creación de una comisión especial y proveer a la preparación de un código de este tipo que se sometiera luego a la aprobación de todos los Estados, ya que el horizonte mundial es el que marca el horizonte jurídico de Internet.

## XIII. «POST SCRIPTUM»

Después de escribir este ensayo, he tenido noticias de dos hechos significativos para las observaciones aquí contenidas. El primero de ellos es la Sentencia dictada el 22 de mayo de 2000 por la Corte de París, la cual, en base a una ley francesa, impone al portal norteamericano «Yahoo!» apagar para todo el territorio francés un sitio web de venta de objetos nazis, afectando así el carácter internacional de la comunicación por Internet. Y el segundo es la exitosa implementación de una propuesta realizada por el Prof. Nicholas Negroponte (del Instituto Tecnológico de Massachusetts) para establecer un meridiano virtual a fin de medir el tiempo en Internet de manera separada al meridiano de Greenwich. El «Swatch Group», el conocido productor suizo de relojes, ha creado un meridiano virtual en Biel y un reloj

homologado a él. La nueva medida de tiempo propuesta consiste en una subdivisión de las 24 horas en milésimas, llamadas «beat», y que se corresponden a 1,24 minutos (86,4 segundos); los nuevos relojes, también llamados «beat», están homologados para dicho meridiano virtual, marcando así todos la misma hora en cualquier zona horaria.

### **Resumen**

*Este trabajo analiza los retos que para el Derecho suponía Internet a comienzos de este siglo. A este fin, el autor comienza presentando la evolución tecnológica en las comunicaciones en los dos últimos siglos hasta llegar a Internet, para luego detenerse en: los límites espaciales y temporales de los mensajes vía Internet; el doble marco jurídico, regional y nacional, en el que se desarrollaba ya la regulación de Internet; su carácter metapolítico; los cambios que asimismo acontecían en el derecho a la libertad informática; el libre mercado de Internet; la tendencia hacia la internacionalización jurídica de Internet; la regulación del comercio electrónico a través de Internet; los nuevos riesgos que ha supuesto Internet; y la doble concepción que sobre el derecho telemático aún hoy se dan.*

### **Palabras Clave**

*Internet, libertad, mercado, tecnología.*

### **Abstract**

*This paper goes through the challenges that internet posed on internet at the beginning of this century. The author begins exposing the technological evolution in the last two centuries; then analyzes the special and temporal limits of the messages in internet and its national and regional dimension, as well as its meta-political meaning. The paper goes on looking at the changes on the freedom using computers, the free market of internet, the internationalization of internet, the regulation of the electronic commerce and the risk brought by internet.*

### **Key Words**

*Internet, freedom, market, technology.*

Recibido: 2 de mayo de 2016  
Aceptado: 3 de mayo de 2016

# Jurisprudencia

---



# LA CREACIÓN DE UN ESPACIO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: UNA APROXIMACIÓN A LOS OBSTÁCULOS INSTITUCIONALES Y PROCESALES PARA LA ADHESIÓN DE LA UE AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

JOAN RIDAO MARTÍN

*Profesor Titular (A) de Derecho Constitucional. Letrado del Parlamento de Cataluña*

## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Síntesis de la evolución del acervo comunitario en materia de derechos humanos.
- III. Los aspectos más espinosos del Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) y su interpretación en el Dictamen 2/13 del TJUE.
- IV. ¿Cómo retomar el proceso de adhesión al CEDH?.

## I. INTRODUCCIÓN

Como es bien conocido, el Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 18 de diciembre de 2014<sup>1</sup>, ha bloqueado jurídicamente el pro-

<sup>1</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62013CG0002> [última consulta 20/05/2017]. Con carácter general, *vid.*: «The EU's Accession to the ECHR – a "NO" from the ECJ», *Common Market Law Review*, Vol. 52, núm. 1, 2015, pp. 1-16; P. EECKHOUT, «Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR and judicial dialogue: autonomy or autarky?», *Fordham International Law Journal*, Vol. 38, núm. 4, 2015, pp. 955-992; J.PL. JACQUÉ, «CJUE-CEDH: 2-0», *Revue trimestrielle de droit européen*, Vol. 50, núm. 4, 2014, pp. 823-831; S. LAMBRECHT, «The Sting is in the Tail: CJEU Opinion 2/13 objects to draft agreement on accession of the EU to the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review*, núm. 2, 2015,

ceso de integración, mandatado por el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)<sup>2</sup>, de los dos espacios europeos de protección de los derechos humanos fundamentales, a saber: el amparado por el paraguas institucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) del Consejo de Europa<sup>3</sup> y el configurado por los Tratados de la Unión Europea (UE) y sus instituciones jurídicas. Aunque, como veremos, esta situación reproduce, en lo fáctico, la vivida hace dos décadas, lo cierto es que la situación actual ocurre en un contexto diferente, pues la voluntad de construir un sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, en desarrollo en la primera mitad de la última década del pasado siglo, ha adquirido, como hemos dicho, naturaleza de compromiso constitucional para la UE a partir del Tratado de Lisboa.

En este trabajo se realiza, sin un ánimo exhaustivo, una lectura crítica de las principales reservas respecto al Proyecto de Acuerdo de Adhesión (PAA) de la UE al CEDH expresadas en el mencionado pronunciamiento del TJUE (epígrafe 3), para abordar finalmente las distintas posibilidades razonables a disposición de la instituciones políticas europeas para abordar el reinicio del proceso (epígrafe 4), en el convencimiento tanto de que la confluencia de los espacios jurídicos del CEDH y el de los Tratados es una opción deseable, como de que la remoción de las dificultades jurídicas expuestas en el Dictamen 2/13 es alcanzable sin dificultades constitucionales en el marco definido por los Tratados. Nuestro análisis va a hacer referencia,

pp.185-198; N. PETIT, y otros, «La adhésion de l'UE à la CEDH: l'obsession du contrôle? CJUE, Plén., 18 décembre 2014, avis 2/13», *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2014, pp. 815-830; J.L. SAURON, «L'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne: la fin d'une idée anachronique?», *Gazette du Palais*, núm. 1, 2014, pp. 4-6; M. WEBER, «Vereinbarkeit des EMRK-Beitritts der EU mit dem Unionsrecht», *Newsletter Menschenrechte*, núm. 1, 2015, pp. 3-11; y A. POPOV, «L'avis 2/13 de la CJUE complique l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH – Cour de justice de l'Union européenne (art. 6§2 TUE et Protocole n° 8 au TUE)», *La Revue des droits de l'homme* (2015) (disponible en <https://revdh.revues.org/pdf/1065> [última consulta: 20/05/2017]).

2 Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de 13 de diciembre de 2007, D.O.U.E., C 306, de 17 de diciembre de 2007; mediante el cual, se obtiene la redacción actualmente en vigor de los Tratados de la Unión: Tratado de la Unión Europea, D.O.U.E., C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009] y, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, D.O.U.E., C 326, de 26 de Octubre de 2012 [versión consolidada tras el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009].

3 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#Texto> [última consulta: 20/05/2017]).

esencialmente, a los obstáculos procesales avanzados por el TJUE (como se verá, el mecanismo de codemandado, el procedimiento prejudicial previo y la limitación de la jurisdicción de éste en PESC), sin desconocer que existen otros de naturaleza más sustancial, fundamentalmente los principios de reconocimiento y confianza mutuos a los que esta investigación no pretende dar respuesta. Previamente, expondremos una breve síntesis del «*iter*» doctrinal y normativo que condujo al fracasado proceso de adhesión (epígrafe 2).

## II. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN DEL ACERVO COMUNITARIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

1. El tortuoso proceso de confluencia de los dos sistemas jurídicos europeos en materia de protección de los derechos humanos

Sabido es que una de las constantes del proceso de construcción europea ha girado en torno a la dialéctica entre la misión de las instituciones de la UE, como directoras de un proceso de integración económica pluriestatal, y su consubstancial actuación como promotoras del Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. No debe olvidarse que el Tribunal de Luxemburgo empezó a ocuparse ya hace años de la protección de los derechos humanos, por los menos desde la conocida sentencia Stauder<sup>4</sup>. Además, es innegable que a partir de ésta el TJUE ha ido acuñando una doctrina propia en base a los principios generales del Derecho comunitario y ha gozado del impulso proporcionado por diversas declaraciones institucionales a cargo tanto de la Comisión («La protección de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la creación y desarrollo del Derecho Comunitario», de 4 de febrero de 1976), como del Parlamento, del Consejo y la Comisión conjuntamente, de 5 de abril de 1977<sup>5</sup>. En todas ellas se afirmaba la voluntad de las citadas insti-

<sup>4</sup> STJCE de 12 de noviembre de 1969 (as. 29/69: *Erich Stauder c. Ville d'Ulm, Sozلالamt*), que instauró una corriente jurisprudencial continuada con la STJCE de 17 de diciembre de 1970 (as. 11/70: *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*), confirmada por las SSTJCE de 14 de mayo de 1974 (as. 4/73: *Nold/Comisión*) y de 13 de diciembre de 1979 (as. 44/79: *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*), en línea a consolidar la defensa de los derechos humanos como respuesta a determinados recelos estatales ante la afirmación de los principios de primacía y efecto directo. Para una panorámica en términos históricos, *vid.* G. CÁMARA VILLAR, «Los derechos fundamentales en el derecho histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 2, núm. 4, 2005 (Disponible en: <http://www.ugr.es/%7Eredce/REDCE4/articulos/01camara.htm> [consultado: 20/05/2017])

<sup>5</sup> *Vid.* JOCE C 103, 1977.

tuciones de preservar el respeto a los derechos fundamentales brotados de fuentes tales como las Constituciones de los Estados miembros y el CEDH, lo que vino a ratificarse posteriormente con el preámbulo del Acta única europea (1986) en el que se llega a mencionar «*expresis verbis*» el respeto de los derechos fundamentales como fundamento del fomento de la democracia en Europa.

Con estos antecedentes puede entenderse que la legitimación del Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de la garantía de los derechos humanos no topara con impedimentos insalvables durante los años de carencia de una declaración comunitaria de derechos fundamentales (hasta 2000, con el Tratado de Niza). En su defecto, el derecho de la UE optó por remitirse al Convenio de Roma y al acervo constitucional común de los Estados miembros, recepcionando la doctrina en la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales del Parlamento Europeo (1989) y en el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992), que incluye una declaración formal de que toda esa elaboración doctrinal pasaba a formar parte de los principios generales del Derecho Comunitario (actual art. 6 y antiguo F.2.º). Como era de esperar, se intensificó a partir de ahí la relación entre el sistema europeo y el sistema comunitario, y el Tratado de Ámsterdam (1997), que incorporó incluso la exigencia del respeto de dichos principios y de los derechos humanos y las libertades y derechos sociales fundamentales para el supuesto de la adhesión de nuevos Estados (Considerando cuarto del Preámbulo y art. 6.1.º).

Más adelante, el Tratado de Maastricht constituyó un indudable avance puesto que introdujo la citada exigencia de respeto de los derechos humanos como parte del ordenamiento de la UE, aunque fuese mediante una cláusula de reenvío al ordenamiento interno de los Estados que desazonó a la doctrina más militante en el campo de los derechos humanos<sup>6</sup>. Por su parte, el Tratado de Niza hizo extensivo el objetivo de respeto de los principios ya enunciados en Maastricht a la política de cooperación al desarrollo de la UE (art. 177-181 TCEE), y finalmente en 2000 se adoptó la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (CDFUE), precisamente como consecuencia de un pronunciamiento del TJCE contrario a la incorporación de la CE al CEDH (Dictamen 2/1994). En cualquier caso, la Carta vino a hacer

6 M. CARRILLO, «La Unión Europea ante los derechos fundamentales», *La democracia constitucional. Homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. II, Madrid, CEPC, 2002; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Los derechos fundamentales europeos según el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea», *Derechos y Libertades*, núm. 1, 1993, pp. 473 y ss.; E. PÉREZ VERA, «El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos», *Revista de instituciones europeas*, vol. 20, núm. 2, mayo-agosto 1993, pp. 459 y ss.

patentes tales derechos y su alcance para los ciudadanos en caso de inaplicación del Derecho interno por parte de los Estados miembros, vigorizando así la universalidad e indivisibilidad de los derechos fundamentales en base a las diversas tradiciones constitucionales y a otros instrumentos como el propio CEDH, la Carta Social Europea (1961) o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989)<sup>7</sup>. Posteriormente, como es bien sabido, la CDFUE se insertó en el Tratado de Lisboa y en el Tratado de la Unión Europea modificado<sup>8</sup>.

Así, pues, la carencia de competencias originarias en materia de derechos humanos<sup>9</sup> ha ido enmendándose mediante las sucesivas reformas operadas en los tratados constitutivos. Dicho proceso ha comportado, a la larga, que los Estados hayan asumido la virtual incompatibilidad entre el hecho de pertenecer a una organización de

7 Vid. sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: T. KERIKMAE, *Protecting human rights in the EU: controversies and challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Springer, 2014; J. MEYER, y otros: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos; y I. ORDEÑANZA GESURAGA, *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español = Europar Bastasunaren Oinarrizko Eskubideen gutuna eta bere islada espainiar ordenamendu juridikoan*, Aranzadi, 2014.

8 Es relevante destacar en este punto que, a pesar de la identidad de finalidades entre el CEDH y de la CDFUE, la protección de los derechos humanos, ambos textos presentan diferencias significativas. No es menor el hecho de que la CDFUE se erija sobre el principio, ya analizado, de no expansión de las competencias atribuidas a la Unión en virtud de los tratados, razón por la que sus disposiciones resultan aplicables a los actos y normas del ordenamiento de la UE y a los Estados miembros únicamente cuando estos apliquen el derecho común (art. 51 CDFUE). Podría decirse que la razón de la persistente disposición de la UE a adoptar una duplicidad normativa en este ámbito radica en el interés de someterse a sí misma, y también a su instituto jurisdiccional, a un control judicial externo en materia de derechos humanos que en puridad debería ejercerse por el TEDH en aplicación del CEDH. Vid. P. LLOPIS NADAL, «La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: Un asunto que continúa pendiente tras el dictamen 2/13 del TJUE», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Valencia, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, núm. 29, 2015. (URL: <http://www.reei.org/index.php/revista/num29/articulos/necesidad-procesal-adhesion-union-europea-al-cedb-asunto-continua-pendiente-tras-dictamen-213-tjue> [consultado el 25/05/2017], pp. 12-14).

9 J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *La Ley-Unión Europea*, núm. 23, febrero 2014, p. 43, es de la opinión que «[s]ería injusto negar que se abstuvieron de regular por completo materias que afectan a estos derechos», descartando, por supuesto, el hecho de que los Tratados constitutivos contuvieran cualquier instrumento normativo fundamental de tipo constitucional que incluyese una declaración solemne de derechos fundamentales.

carácter supranacional, dotada de elementos propios de su soberanía, y la ausencia total de mecanismos de protección de los derechos fundamentales<sup>10</sup>. No obstante, la cohabitación de diversos aparatos tuitivos en materia de derechos fundamentales (el de la UE, el del Consejo de Europa y el de cada uno de los Estados miembros de ambas organizaciones) no está exenta de problemática.

## 2. El procedimiento de adhesión de la Unión al CEDH

Como ya se ha dicho, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa dio plena efectividad al art. 6 TUE, otorgando carácter vinculante a la CDFUE y mandando imperativamente la adhesión de la UE al CEDH<sup>11</sup>. En este contexto, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó (mayo de 2010) un mandato a favor del Comité Director para los Derechos del Hombre (CDDH) para que, en colaboración con el interlocutor designado por la UE, a la sazón la Comisión, elaborara en un determinado lapso de tiempo el pertinente instrumento jurídico («*au plus tard le 30 de juin 2011*»).

Tras los trabajos de un grupo informal de expertos designado por las partes negociadoras (julio 2010-junio 2011), se presentaron el PAA y el proyecto de reglas a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las resoluciones del TEDH y de los términos de los arreglos amistosos, además de un informe explicativo. El alcance de los problemas técnico-jurídicos detectados se hallaba pues lo suficientemente delimitado. Ello, no obstante, Francia y el Reino Unido abanderaron las reservas en el seno de la UE. En concreto, el Reino Unido (con la complicidad de Letonia) planteó la necesidad de elaborar previamente unas normas internas para dar solución a algunos de los obstáculos técnicos observados. En este marco de relativo bloqueo, la Presidencia de la UE presentó (25 de mayo de 2012) un documento invitando a los Estados a un nuevo debate, sugiriendo, al margen de la Comisión, un borrador de reglas internas que abrió el camino al inicio de la primera ronda negociadora<sup>12</sup>. Finalmente, la propuesta vio la luz el 5 de abril de 2013<sup>13</sup>. Con posterioridad la Comisión solicitó del TJUE un dictamen sobre la

10 J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, 2010, p. 1.

11 Como se recordará, la dicción literal del artículo 6.2 TUE es «se adherirá».

12 Para un relato exhaustivo del desarrollo de las negociaciones, *vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 4 y ss.

13 *Vid.* al respecto J.R. MARIN AIS, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma.

compatibilidad del PAA con los Tratados de la UE, a la vista de la trascendencia constitucional de la adhesión y con miras a preservar al máximo la seguridad jurídica<sup>14</sup>.

En este contexto, sin embargo, el Dictamen 2/13 del TJUE, por el que se declaraba la incompatibilidad del PAA con el Derecho originario de la UE, ha supuesto un mazazo para las aspiraciones de la mayor parte de las instituciones de la UE<sup>15</sup>. Además, como hemos dicho, el revés proporcionado por la Corte de Luxemburgo vino a reproducir, en cuanto a su desenlace, la situación generada veinte años antes tras plantearse la adhesión al CDEH por vez primera, como consecuencia de otro dictamen adverso del TJUE (Dictamen 2/94)<sup>16</sup>, que abrió las puertas a la mencio-

El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, 2013, pp. 233-276; y S. SANZ CABALLERO, «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 38, 2011, pp. 99-128

14 La solicitud comprendía el Proyecto revisado de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; el Proyecto de Declaración de la Unión Europea a realizar en el momento de la firma del Acuerdo de adhesión; el Proyecto de regla a añadir a las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos en los asuntos en que sea parte la Unión Europea; el proyecto de Memorándum de Acuerdo entre la Unión Europea y X (Estado no miembro de la Unión Europea); y el Proyecto de Informe explicativo del Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el documento «Proyectos de instrumentos de adhesión» o «Acuerdo previsto».

15 MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES se pregunta, de forma algo retórica, si tras el Dictamen continúa mercedo la pena la adhesión de la Unión al CEDH, decisión que en su opinión no corresponde al TJUE, sino a los «dueños de los Tratados». *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, CEPC, núm. 52, 2015, pp. 825-869, en pp. 866-868.

16 Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996 [Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:1996:140]. Para un examen en profundidad del contenido del Dictamen, *vid.* O. DE SCHUTTER, e Y. LEJEUNE, «L'adhésion de la Communauté à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, à propos de l'avis 2/94 de la Cour de Justice des Communautés», *Cahiers de Droit Européen*, 1996, núm. 5 y 6, pp. 555-606. Sobre la doctrina del TEDH en materia de supervisión de actos de la UE, *vid.* S. SANZ CABALLERO, «El control de los actos comunitarios por el TEDH», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 10, 2001, pp. 473-513; y S. SANZ CABALLERO, «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxem-

nada reforma de los Tratados en este punto para hacer efectiva la adhesión. Adicionalmente, cabe recordar que la posición expresada por la Abogada general Juliane Kokott (en adelante, Opinión Kokott)<sup>17</sup>, había expuesto previamente una lectura conforme del PAA y el resto de documentos conexos, incluidos la práctica totalidad de puntos objeto de reproche en el Dictamen 2/13 TJUE, si bien señalaba algunas reformas o desarrollos del sistema de derecho de la Unión para reforzar la operatividad de la adhesión, como después tendremos ocasión de ver.

No es desdeñable tampoco el rechazo que tal pronunciamiento provocó entre el universo de partidarios de que la UE permanezca sometida a una instancia de control externo en materia de derechos fundamentales y, a la vez, disponga de medios efectivos para defenderse en caso de que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) ponga en tela de juicio el Derecho de la UE ni que sea indirectamente. No obstante, esta última posibilidad no debería revestir especial preocupación a la luz de la doctrina de la protección equivalente, establecida por el TEDH en el conocido caso *Bosphorus* (*Bosphorus c. Irlanda*, STEDH de 30 de junio de 2005) y desarrollada en sus sentencias sobre los asuntos *M.S.S c. Bélgica y Grecia* (STEDH de 21.01.2011) y *Michaud c. Francia* (STEDH de 6.12.2012)<sup>18</sup>; bien es cierto, sin embargo, que algunos autores han apreciado transformaciones substantivas en pronunciamientos recientes del TEDH aplicando la mencionada doctrina, como por ejemplo en el caso *Avotins c. Letonia* (STEDH de 23.05.2016)<sup>19</sup>, plausiblemente suscitadas tanto por la decepción que en la corte de Estrasburgo ha causado el Dictamen 2/13, como por la necesidad de realizar un examen más formalizado de los criterios de aplicabilidad de la protección equivalente.

burgo *versus* Estrasburgo: ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 17, 2004, pp. 117-158.

17 Vid. «Opinión de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentada el 13 de junio de 2014. Procedimiento de dictamen 2/13, iniciado a petición de la Comisión Europea» (EU:C:2014:2475). Disponible: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160929&doclang=ES> [Consultado en 20/05/2017].

18 A este respecto, *vid.* J.J. PIERNAS LÓPEZ, «La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

19 Un análisis detallado de esta sentencia y sus implicaciones puede encontrarse en R. ALONSO GARCÍA, «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional-UCM, WP IDEIR núm. 32, 2017.

Como expondremos más adelante, el Dictamen 2/13 ha rechazado los extremos substantivos del PAA, al punto de erigir el TJUE como el «celoso intérprete único de la legalidad de la Unión Europea»<sup>20</sup>. Así, sin descartar por principio que sus decisiones puedan ser sometidas a una jurisdicción ajena en el futuro, el TJUE constriñe sobremanera dicha posibilidad en la práctica so pretexto de lo prevenido en el acervo normativo comunitario, en abierto desentendimiento de la gradual confluencia operada entre Luxemburgo y Estrasburgo en las últimas décadas precisamente mediante un fructífero y armónico diálogo<sup>21</sup>. En ese sentido, el TJUE no dudó en subrayar hasta extremos insólitos las, por otra parte, indudables singularidades institucionales de la UE, además de reafirmar la competencia del TJUE para conocer sobre cualquier litigio entre los Estados miembros de la UE y entre éstos y la Unión en relación con el cumplimiento del CEDH<sup>22</sup>.

### III. LOS ASPECTOS MÁS ESPINOSOS DEL PROYECTO DE ACUERDO DE ADHESIÓN (PAA) Y SU INTERPRETACIÓN EN EL DICTAMEN 2/13 DEL TJUE

#### 1. La preservación de la integridad institucional definida en los Tratados

Ciertamente, la adhesión al CEDH se planteó siempre, como apuntó ya el artículo 6.2 TUE y se desarrolló en el Protocolo núm. 8 (arts. 2 y 3), desde una estricta preservación de «las características específicas» de la Unión y de su ordenamiento; esto es, en esencia, la autonomía de éste, el respeto a la distribución de competencias

20 G. URBINA TREVIÑO, «El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014», *Revista Aranzadi Unión Europea* n.º 8/20159/2015, p. 15.

21 En este sentido, algunos autores reprochan al TJUE una actitud desleal en su dictamen, entre otras materias, en lo relativo al mecanismo del pronunciamiento previo, cuando se trata de una figura creada como concesión a las peculiaridades de la Unión y a propuesta del propio Tribunal, que también ha intervenido de forma activa y pública en su diseño. *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, pp. 849-851. En relación con las consecuencias de este hecho para el diálogo judicial, *ibid.*, pp. 865-866.

22 Para SALINAS DE FRÍAS, «[l]o verdaderamente difícil de aceptar son los cuatro argumentos básicos alegados por el TJUE que no pueden entenderse sino apreciando un verdadero pecado de soberbia por parte del alto Tribunal, que no acepta en ningún caso el control de órgano exterior alguno, al menos en esta materia». *Vid.* A. SALINAS DE FRÍAS, «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos» (URL: <https://aquiencia.net/2015/11/23/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos-por-ana-salinas-de-frias/> [consultado el 20/05/2017]).

establecidas en los Tratados y, singularmente, las atribuciones jurisdiccionales del TJUE. En este sentido, no puede desconocerse que la doctrina había venido debatiendo profusamente, con motivo de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, si la adhesión de la UE había de ser sólo al CEDH o también a sus protocolos, ya fuera en todo o en parte. Así, se consideró necesario que el PAA contemplase expresamente la necesidad de adherirse no sólo a la Convención sino también al Protocolo Adicional y al Protocolo 6 (abolición de la pena de muerte), además de introducir la eventualidad de adhesiones futuras al resto de protocolos (art. 59.2 CEDH). En una dirección parecida, el PAA incorporaba el reconocimiento a la UE de una condición análoga a la de los Estados, siéndole, pues, de aplicación las mismas reglas en materia de reservas, declaraciones y derogaciones que a estos (art. 12 PAA), facultades éstas excluidas, por supuesto, en el caso del Acuerdo de Adhesión propiamente dicho.

Por su parte, en un informe específico sobre la cuestión (Informe *Jáuregui*, 2010)<sup>23</sup>, el Parlamento procedió a delimitar algunos de los aspectos institucionales más problemáticos para la UE, a saber: el derecho a postular tres candidatos para la función de juez (uno de ellos a propuesta de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a instancias de la UE); la facultad de participar a través de la Comisión, y con derecho a voto, en las reuniones del Comité de Ministros en funciones de órgano de ejecución de las resoluciones del TEDH [supervisión del cumplimiento de sentencias y acuerdos amistosos y emisión de dictámenes y recomendaciones (art. 39, 46 y 47 CEDH)]; y la potestad de la eurocámara de nombrar un contingente de representantes en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, legitimados para actuar en la elección de los jueces del TEDH (art. 6 PAA).

Teniendo en cuenta estas observaciones, puede decirse que la posibilidad de designar un juez en análogas circunstancias que el resto de Estados no había de presentar especiales dificultades, atendiendo claro está al hecho de que aquél se hallaría sometido a las mismas exigencias de independencia que el resto de togados. A estos efectos, tampoco parecía descabellado que el número de delegados de la UE hubiera de ser equivalente al de los Estados más representativos del Consejo de Europa. La forma concreta de designación de los candidatos pasaría a depender de las reglas internas de la Unión.

23 *Vid.* «Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» [2009/2241(INI)], Comisión de Asuntos Constitucionales. Disponible: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2010-0144+0+DOC+XML+V0//ES> [Consultado: 20/05/2017].

Por lo que a la participación de la UE en el Consejo de Ministros se refiere, quizás la más problemática de las cuestiones planteadas en este ámbito visto el temor expresado por algunos Estados miembros del Consejo de Europa no integrantes de la UE (una veintena) ante el riesgo de eventuales desequilibrios internos, a nuestro parecer el PAA preveía de forma razonable que la UE y sus Estados miembros procediesen a fijar sus posiciones y el sentido del voto de forma coordinada, en línea con lo que contemplan sus propios tratados constitutivos, lo cual, además, dejaba margen al Comité de Ministros del Consejo de Europa para modificar sus propias Reglas en orden a mitigar las reservas expresadas.

Incluso ciñéndose a la premisa de preservación del ordenamiento comunitario, en los términos avanzados al principio de este subepígrafe, la interpretación que el TJUE aplicó en el Dictamen 2/13 acerca de la singularidad de la UE como organización internacional de carácter supranacional y de la especificidad de su ordenamiento jurídico (párrafos 158-168) no cabe considerarla de otra manera que en exceso restrictiva, imposibilitando en la práctica cualquier interacción del TEDH con el ordenamiento comunitario<sup>24</sup>. El TJUE estimó que ello constituía un ejercicio de interpretación de las normas de la UE y que, por tanto, le competía en exclusiva (párrafos 239 y 246). En esta misma línea aseveró con rotundidad su monopolio interpretativo de las disposiciones de derecho primario o derivado de los Tratados europeos. En efecto, en la medida en que el TJUE no excluía la posibilidad de que se planteasen ante el TEDH litigios entre Estados miembros, o entre éstos y la Unión, sobre la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, acabó considerando que esa posibilidad era incompatible con el art. 344 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>25</sup>.

24 Para un examen detallado de la motivación del TJUE, *vid.* L. GONZÁLEZ VAQUÉ, «El acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: análisis de la motivación del TJUE para la declaración de su (in)compatibilidad con el Derecho comunitario», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2015. También, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Los derechos fundamentales de la Unión en busca de un nuevo equilibrio. Acerca del Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia, sobre la compatibilidad con los Tratados constitutivos del Proyecto de acuerdo internacional de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEPC, núm. 104, mayo-agosto 2015, pp. 243-268 (en pp. 245-246)

25 «[...] las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH (§ 186 Dictamen 2/13)».

Asimismo, declaró incompatible con la propia existencia y legalidad de la UE el hecho de someter la violación de los derechos y libertades fundamentales del CEDH a la jurisdicción del TEDH, dada no sólo la especificidad de dicho sistema jurídico sino también el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros. Claro está que, en este punto, el Tribunal obvió deliberadamente y de forma paradójica que los Tratados constitutivos incorporaban ya desde Lisboa una clara taxonomía de esas competencias (arts. 3, 4, 5 y 6 TFUE), además de que, para ofrecer una salida a la cuestión de la singularidad de la UE, el art. 3 PAA incorporaba el mecanismo procesal de la figura del codemandado, a la que luego nos referiremos. Con esto, se concedía un amplio margen de decisión al TJUE (art. 3.6), incluso antes de que el TEDH entrase a valorar si la medida en cuestión infringía o no los derechos recogidos en el Convenio, convirtiendo en preceptivo el hecho de agotar los recursos internos –incluidos aquellos oponibles ante el TJUE (arts. 1.5, art. 3.6 y art. 5 PAA)–. Sorprendentemente, las objeciones del TJUE se proyectan también sobre el protocolo 16 del CEDH<sup>26</sup>, al considerarlo un riesgo para el «procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE» (§ 198 Dictamen 2/13)<sup>27</sup>.

Contrariamente, la Opinión de la Abogada General practica una interpretación del PAA que, aunque circunscrita a los mismos parámetros que el Dictamen del TJUE y sin ignorar los escollos que presentan algunos de los puntos, resulta mucho más armónica con la naturaleza del mandato contenido en el artículo 6.2 TUE. En el ámbito concreto que aquí nos ocupa, su clara conclusión es que el PAA no modifica las competencias de la Unión tal y como se establecen en los Tratados y que su transposición al derecho interno de la UE no implica atribuir a ésta más competencias (§ 104 Opinión Kokott). Esta lectura favorable del PAA incluye inobjetablemente el contenido material<sup>28</sup>, pero también se extiende sobre los institutos

26 Como se recordará, el citado protocolo habilita a los tribunales superiores de los Estados adheridos al CEDH para solicitar una opinión consultiva del TEDH sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades amparados por el Convenio.

27 *Vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, pp. 841-844. Como bien señala el autor, el Dictamen del TJUE en este punto extiende impropiaemente su campo de conocimiento a un instrumento jurídico internacional diferente (*Ibid.*, p. 842), en coincidencia con lo expuesto también por la Abogada General (§ 138 Opinión Kokott).

28 El razonamiento que ampara dicha conclusión se puede sintetizar en que si bien «las restricciones (...) respecto del ejercicio de competencias son consustanciales a cualquier normativa por la que se garanticen derechos fundamentales, puesto que la función intrínseca de los derechos fundamentales es establecer, en protección del justiciable, limitaciones a la actuación de las instituciones, sean éstas estatales o internacionales» (§41 Opinión Kokott), debe tenerse en cuenta que «ya en este momento, es

jurisdiccionales de los Tratados y los nuevos propuestos en el propio PAA, si bien sobre algunos de estos realiza propuestas de reforma de naturaleza no constitucional que permitirían la adecuada conformidad con el derecho comunitario.

Dejando para más adelante las relativas a los nuevos mecanismos procedimentales y a la PESC, conviene detenerse aquí en el reproche al PAA que el Dictamen 2/13 proyecta sobre los aspectos generales. Así, la Abogada General constata, en primer lugar, que efectivamente, «[r]esulta notorio que existe una tensión entre la obligación de los Estados miembros (que deriva del artículo 344 TFUE) de someter sus litigios de Derecho de la Unión exclusivamente a nuestro Tribunal de Justicia y la obligación (recogida en el artículo 55 del CEDH) de sustanciar ante el TEDH mediante un procedimiento interestatal las diferencias que surjan respecto del CEDH, puesto que, con la adhesión, el CEDH se convertirá, como ya se ha dicho, en parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión» (§110 Opinión Kokott); sin embargo precisamente por eso, subraya la Abogada (párrafos 112, 114 y 118 Opinión Kokott), el artículo 5 del PAA excepciona del art. 55 CEDH los procedimientos seguidos ante el TJUE, lo cual debería bastar para garantizar la eficacia del art. 344 TFUE, ya que la tentación para los Estados miembros de recurrir opcional o simultáneamente al TEDH para asuntos de derecho interno de la UE quedaría desincentivada por la amenaza de instar un procedimiento por incumplimiento (arts. 258-260 TFUE)<sup>29</sup>.

Muchas menos prevenciones expone la Opinión Kokott respecto a la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias TEDH (§ 77), si bien reconoce que incluso en la hipótesis extrema de que se pudiese derivar la reapertura de un procedimiento judicial como consecuencia de la declaración, por parte del TEDH, del incumplimiento del CEDH en relación a la resolución firme de un tribunal de la

decir, antes de su adhesión oficial, la Unión está aplicando los criterios y parámetros que para la tutela de los derechos fundamentales se derivan del CEDH, de manera que las restricciones al ejercicio de las potestades de las instituciones de la Unión que posteriormente puedan resultar de la pertenencia al CEDH llevan ya mucho tiempo en vigor desde un punto de vista meramente material» (§42 *Ibid.*).

29 No obstante, la Opinión Kokott añade que, si se considerase necesario reforzar las garantías que ofrece el PAA para el efecto útil del art. 344 TFUE, se «podría supeditar la declaración de compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión al CEDH a una declaración de la Unión y sus Estados miembros que se debería presentar en el momento de dicha adhesión. En dicha declaración, la Unión y los Estados miembros tendrían que manifestar a las demás partes contratantes del CEDH su intención, obligándose con ello en el plano del Derecho internacional, de no recurrir entre ellos ante el TEDH a procedimientos por posibles incumplimientos en el sentido del artículo 33 del CEDH siempre que el objeto del litigio corresponda al ámbito de aplicación del Derecho de la Unión» (§120).

Unión, «[e]llo requerirá completar el artículo 44 del Estatuto del Tribunal de Justicia, lo cual podrá realizarse con arreglo al artículo 281 TFUE, párrafo segundo, sin que quepa suponer que de esa manera se estén desvirtuando las funciones de los tribunales de la Unión» (§81 *Ibid.*). Para finalizar este ámbito, la controversia respecto al menoscabo indirecto para el TJUE que podría generar el Protocolo núm. 16 del CEDH, que la Abogada considera excluido del objeto de la adhesión (§ 138 Opinión Kokott), se encontraría suficientemente aclarada por el «artículo 267 TFUE, párrafo tercero, que impone a los tribunales que resuelven en última instancia en los Estados miembros la obligación de remisión prejudicial a nuestro Tribunal de Justicia» (§141).

## 2. Los nuevos mecanismos procesales

Como se sabe, con el objetivo de garantizar las especificidades de naturaleza jurisdiccional propias del derecho de la Unión, el PAA incorporó dos mecanismos de índole procesal, ninguno de ellos exento de controversia. En primer lugar, la figura del «codemandado» o «*co-respondent*» (art. 3 PAA), ya prevista en el art. 36.4 CEDH, mediante la cual se habilitaba, sin intervención previa del TEDH, la actuación procesal de la UE en caso de ser demandada o en el supuesto de demanda contra alguno de sus Estados miembros con motivo de algún acto de aplicación del derecho de la Unión. No en vano, podía muy bien darse la circunstancia de que fueran diferentes las partes que adoptan el acto (UE) y las que lo aplicasen (uno o varios Estados miembros). En concreto, conforme a las previsiones del Proyecto de Acuerdo, cabían tres posibles escenarios: primero, que una demanda se dirigiese contra uno o varios Estados miembros de la UE y no contra la UE, en cuyo caso ésta podría intervenir como codemandada; segundo, que la demanda se dirigiese sólo contra la UE, con lo que los Estados miembros podrían intervenir como codemandados (para el caso de que una disposición de derecho originario se viera afectada por una violación del CEDH); y tercero, que la acción se dirigiese tanto contra la UE como contra uno o varios Estados miembros, para el caso de que la UE o esos Estados no fuesen los ejecutores de la acción u omisión objeto de litigio, pero sí responsables del establecimiento de la base o fundamento jurídico de tal acto u omisión.

Por su parte, el segundo mecanismo, el «pronunciamiento previo», se puede interpretar como fruto de la peculiaridad idiosincrásica de la UE. El PAA contempló expresamente la posibilidad de que una demanda contra la UE y/o contra uno o varios de sus Estados miembros llegase al TEDH sin un previo pronunciamiento del TJUE, algo que, tanto desde la perspectiva del TEDH (art. 35 CEDH) como desde

la del TJUE (art. 267 TUE) podría llegar a plantear un incidente procesal relativo a la necesidad de agotar previamente la vía jurisdiccional ordinaria. Aún más si cabe para el caso de que esa cuestión prejudicial fuese instada por las partes y denegada por el órgano jurisdiccional nacional, o en el caso de eventuales procesos nacionales en los que no cabía recurso ulterior o la controversia residía en la validez o no de un acto de la UE y no tanto en una mera interpretación. En ese sentido, puede decirse que el PAA resolvió cabalmente la cuestión mediante la provisión de un incidente procesal específico, para permitir al TEDH remitir el asunto al TJUE (art. 3.6), en el bien entendido que debería garantizarse un rápido pronunciamiento<sup>30</sup>.

Por último, estaba el caso de las demandas interpuestas por y contra la UE, y de la intervención de la UE como tercero. En el primer supuesto nos hallaríamos ante la eventualidad de una demanda interpuesta por un particular contra un acto de la UE o contra un acto de un Estado miembro de ella en aplicación de Derecho de la Unión o frente al supuesto de una demanda interestatal por incumplimiento del CEDH (art. 33), pero con afectación sobre el Derecho de la UE. En este caso no cabe duda de que el juez ordinario y predeterminado por la ley para conocer los eventuales recursos debía ser el TJUE, al que compete constatar la violación de derechos fundamentales y permitir a las partes acudir al Tribunal de Estrasburgo. En el supuesto de la intervención de la UE como tercero, a nuestro parecer el PAA no presentaba óbice alguno para que la Unión formulase sus propias alegaciones, por ejemplo en caso de invocación ante el TEDH de la violación de una disposición del CEDH por parte de un Tratado internacional del que es parte la UE [verbigracia, el Espacio Económico Europeo (EEE)]<sup>31</sup>.

30 Antes de las negociaciones, la doctrina debatió sobre las posibles alternativas, incluidas las que planteaban la reforma de los tratados constitutivos. Juliane Kokott y Cristoph Sobotta propusieron la posibilidad de que la Comisión interpusiese un recurso por incumplimiento contra el Estado cuyos órganos jurisdiccionales no hubiesen planteado la preceptiva cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), en caso de dudas sobre la compatibilidad de un acto u omisión de la UE con alguno de los derechos contemplados en el CEDH. Más allá, Christian Timmermans planteó la creación de un procedimiento de autorización a la Comisión para plantear un recurso ad hoc ante el TJUE en caso de ausencia de pronunciamiento previo del TJUE.

31 Sin duda, un precedente que puede tener interés es el dictamen 1/91 del TJUE, sobre el proyecto de acuerdo entre la CE y el EEE, donde el Tribunal remarca la autonomía del derecho de la UE y las características esenciales de su derecho: primacía, efecto directo, etc. También concluye que, al condicionar su futura interpretación sobre normas de la CE, vulnera los derechos fundamentales de la CE (Rec. 1991, p. I-6102, ap. 21 y 46).

Conviene recordar que ambos mecanismos se incorporaron al PAA precisamente como salvaguarda de las atribuciones del TJUE y, en el caso concreto del pronunciamiento previo, a sugerencia del propio Tribunal y con una participación muy activa en su formulación definitiva<sup>32</sup>. Precisamente por ello, no dejó de causar cierto estupor que el Dictamen 2/13 apreciase que el PAA «no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del TJUE que permitan preservar las características específicas de la Unión y su Derecho» (§ 258). Diríase más, no puede perderse de vista que el PAA preveía que, en caso de que un asunto llegase al TEDH, fuera éste el que determinase si se cumplía ese requisito previo, como acontece habitualmente con los recursos contra los Estados. Ahí el TJUE expresó su abierta discrepancia, exigiendo tener la última palabra pese a que eso es algo a lo que, por supuesto, no tienen derecho ni los más altos órganos jurisdiccionales de los Estados parte en el CEDH.

En el marco general, cabe admitir que este resultado puede interpretarse como una muestra de que, en su dictamen, el Tribunal de Luxemburgo antepuso la aplicación de la CDFUE a la inclusión de derechos no incorporados en los tratados constitutivos o en el propio CEDH. Lo cual no deja de resultar chocante atendiendo a que la propia CDFUE opta por dar preeminencia al CEDH, excepto en el caso de que los Estados miembros deseen proteger más y mejor esos derechos (art. 53). Y ello es así porque la Carta responde, como es lógico, a la especificidad del sistema de la UE que tanto pretende subrayar el TJUE en su Dictamen 2/13 (párrafos 171-172, y en particular § 177 y § 178). En ese sentido, el Tribunal vuelve interesadamente sobre su propia doctrina<sup>33</sup>, otorgando primacía a la CDFUE sobre el CEDH por el mero hecho de ser un instrumento originado en la UE y útil a los efectos de proteger los derechos humanos sin necesidad de acudir a instrumentos externos que puedan colisionar con principios como el de cooperación leal, autonomía, primacía y especificidad del derecho de la UE<sup>34</sup>.

32 Vid. R. ALONSO GARCÍA, «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional-UCM, WP IDEIR, núm. 26, 2015, pp. 20-21; también, J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, 2015, pp. 849-850.

33 Vid. caso *Melloni* (C-399/11, EU:C:2013:107).

34 Hasta el punto de afirmar que «[...] la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión, así como la autonomía del Derecho de la Unión» (§ 194 Dictamen 2/13), además de razonar que en tal caso los Estados miembros estarían contraviniendo la obligación de no recurrir a sistemas externos de resolución de controversias (§ 202 *Ibid.*).

No obstante, en este punto, las principales objeciones se centraron en el mecanismo del pronunciamiento previo, ya que existe suficiente acuerdo doctrinal de que las resistencias por parte del TJUE a la figura del codemandado tenían una naturaleza esencialmente preventiva y una endeble argumentación jurídica<sup>35</sup>. Ciertamente, en tanto que institución innovadora en el procedimiento judicial, el mecanismo del pronunciamiento previo presentaba numerosos puntos de fricción con la legalidad de los Tratados<sup>36</sup>, además de contar con la opinión contraria de algunos Estados miembros, especialmente Polonia (§ 63 Opinión Kokott). Sin embargo, la propia Abogada General detalló una serie de medidas correctoras (párrafos 74 a 77) que salvarían dichas resistencias. De forma significativa, dichas medidas partían, con carácter previo a la adhesión, de una estructuración completa del procedimiento en el Estatuto del TJUE, lo cual no exige el nivel de la reforma constitucional, pero sí instar un proceso legislativo ordinario (art. 281 TFUE).

### 3. El escollo de la PESC

Ante todo, huelga decir que la cuestión de la responsabilidad internacional de organizaciones como la UE no es una cuestión inaudita en derecho internacional<sup>37</sup>. Otra cosa es que no exista todavía hoy un tratado de alcance general que la regule ni que la discipline ante la concreta responsabilidad en que puedan incurrir sus Estados miembros por hechos internacionalmente ilícitos. No obstante, la ausencia de tal juridificación no debería ser un impedimento para la resolución de las diferencias en base a los principios generales del derecho y a la aplicación «*mutatis mutandis*» de las normas sobre responsabilidad de los Estados. Y aun así, incluso podrían encontrarse no pocas concomitancias significativas en el proyecto de la Comisión de Derecho

35 Vid. R. ALONSO GARCÍA, «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH», *op. cit.*, pp. 17-19; también, J. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, *op. cit.*, pp. 853-855

36 Vid. párrafos 64 a 71 Opinión Kokott.

37 Ya en 1968 el juez JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA hizo referencia al acuerdo entre Indonesia y los Países Bajos respecto de Nueva Guinea Occidental como la primera oportunidad práctica de una organización internacional, en este caso la ONU, de administrar un territorio con todas las consecuencias jurídicas posibles, incluida una responsabilidad comparable a la de un Estado respecto de su territorio. Vid. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «International Responsibility», en M. SORENSEN (ed.): *Manual of Public International Law*, McMillan, Londres, 1968, p. 561. Para más información sobre la cuestión puede consultarse A.A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind Towards a New Jus Gentium*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010, p. 189.

Internacional de la ONU (CDI)<sup>38</sup>, junto a otros instrumentos en los que la Unión ya es parte integrante<sup>39</sup>.

Por otra parte, hay que tener presente que la jurisprudencia del TEDH relativa a actos provenientes de la UE ha establecido que sólo los Estados miembros pueden ser considerados responsables por la violación de una norma prevista por el CEDH, de modo que aquéllos son responsables de las violaciones del Convenio acaecidas mediante la aplicación del derecho de la UE, aún en el caso de que no dispongan de margen de apreciación para aplicar tanto el derecho primario como el derivado. No obstante, dicho incumplimiento es poco probable habida cuenta de la vigencia de la presunción de equivalencia<sup>40</sup>.

38 Puede consultarse en: *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 63.º período de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011)*. Asamblea General. Documentos Oficiales. Sexagésimo sexto período de sesiones (A/66/10), Nueva York: Naciones Unidas, 2011, pp. 53-184. *Vid.* al respecto, I. BROWNLIE, «The responsibility of States for the acts of international organizations» en RAGAZZI, M. (ed.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2005, pp. 355-362; C. TOMUSCHAT, «Attribution of International Responsibility: Direction and Control» en M. EVANS y P. KOUTRAKOS, P. (eds.), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 12.

39 Se trata de acuerdos como los relativos al envío de tropas a terceros países o incluso los firmados entre la UE y sus Estados miembros en los que se incluye una delimitación del ámbito competencial de cada una de las partes. En relación con estos ámbitos, *vid.* la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 y del acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha convención/\* COM/97/0037 FINAL – AVC 97/0038 \*/ DO C 155 de 23.5.1997, p. 1/133. En concreto el Anexo 3, pp. 126-133. Véase la referencia en P.J. KUIJPER y E. PAASIVIRTA, «EU International Responsibility and its Attribution: From the Inside Looking Out», en M. EVANS, y P. KOUTRAKOS (eds.), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 56. Véase también, en relación con un asunto reciente que resta relevancia a una declaración de competencia efectuadas por la UE, A. ROSAS, «International Responsibility of the EU and the ECJ», en M. EVANS y P. KOUTRAKOS (eds.), *The international responsibility of the European Union: European and international perspectives, cit.*, p. 156.

40 LLOPIS NADAL, subraya que la intervención del TEDH en demandas que afectaban el Derecho de la UE se ha limitado a determinados supuestos, concretamente los relativos a las actuaciones de los Estados miembros en cumplimiento de acuerdos de la UE pero que admiten un margen de apreciación estatal o en violaciones derivadas de una norma de derecho originario adoptada por un Estado. Sin embargo, el TEDH carece de competencia cuando el objeto de la demanda son violaciones cometidas por Instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea. Asimismo, la autora

A partir de estos precedentes, lo que interesa destacar aquí es que el PAA contemplaba expresamente que la UE pudiera incurrir en responsabilidad por la actuación de sus instituciones, órganos, oficinas, agencias o personas que actúen en su nombre. Del mismo modo que lo son los Estados miembros por la actuación de los órganos y personas que actúan en su nombre. Al propio tiempo, el PAA contemplaba que la UE podría ser declarada responsable por obligar a sus Estados miembros a vulnerar los derechos tutelados por el CEDH en aplicación del derecho primario o derivado de la UE. Y asimismo que los Estados miembros podrían incurrir en responsabilidad en caso de compeler a la UE –mediante la adopción del Derecho primario de la UE– a la comisión de un acto ilícito para los Estados en cuestión (art. 3).

Ciertamente, en este punto el Proyecto se apartaba de lo establecido por los artículos 15 y 61 del antes mencionado proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional de las OOII, al no exigir intencionalidad por parte de la UE y hasta el punto de no descartar la exención de responsabilidad acordada por el TEDH a petición de la UE y sus Estados miembros. Este último extremo no se compadecía además con lo establecido por la jurisprudencia del TEDH, de donde se infiere claramente que la atribución de responsabilidad a la organización no exime de responsabilidad a sus Estados miembros. Con todo, y ello es relevante, las divergencias del PAA respecto del proyecto de la CDI habían de ser consideradas como normas especiales de derecho internacional conforme al artículo 64 del Proyecto de la CDI, teniendo en cuenta que se trataba de excepciones que habían de ser aceptadas en el futuro por sujetos de derecho internacional distintos a la UE y sus Estados miembros, como son los Estados no-miembros de la UE partes del CEDH y el propio Consejo de Europa.

En último término, debe admitirse que el Proyecto de Acuerdo no codificaba la citada presunción *Bosphorus*, de modo que su efectiva vigencia quedaba en manos de la futura jurisprudencia del TEDH. Ello es relevante, especialmente si se tiene en

se pronuncia críticamente sobre el hecho de que en aquellos casos relativos a una la disposición de la Unión que obligue al Estado Miembro a actuar de determinada manera, el examen del TEDH se ha limitado a confirmar la «presunción Bosphorus». Vid. P. LLOPIS NADAL, «La Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Agenda Pública*, 21/03/2016 (disponible: <http://agendapublica.es/la-union-europea-y-el-convenio-europeo-de-derechos-humanos>) [consultado el 20/05/2017]. Sobre el contenido jurídico y las implicaciones de la «presunción Bosphorus», vid. P. LLOPIS NADAL, «La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH...», *op. cit.*, 2015. pp. 33-37. También, vid. J.J. PIERNAS LÓPEZ, «La responsabilidad internacional de la Unión Europea derivada de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014.

cuenta que algunos miembros del Consejo de Europa han venido expresando tradicionalmente serias dudas acerca de la compatibilidad de la doctrina de Estrasburgo con el principio de igualdad de trato que debe presidir la relación entre todas las partes del Convenio<sup>41</sup>.

Finalmente, no se puede pasar por alto el hecho de que el TJUE declarase que el sistema diseñado por el PAA ponía en cuestión la obligada cooperación leal de los Estados miembros con la UE («puede afectar a las características específicas y a la autonomía del derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el art. 53 CEDH y el art. 53 CDFUE; no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el derecho de la Unión; y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo n.º 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE»)<sup>42</sup>. Además de entender que el PAA podría colisionar con el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), al afirmar que el Proyecto «no tiene en cuenta las características específicas del derecho de la UE en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión» (FJ 255). Dicho en Román Paladino: el TJUE expresó abiertamente el temor a que pudiera darse pábulo a la doctrina del TEDH, comprometedora para algunos Estados miembros de la UE, en la que se extiende la aplicación territorial del CEDH a acciones lesivas cometidas en el exterior por «representantes de los Estados» como los cuerpos y fuerzas de seguridad, por ejemplo en Irak<sup>43</sup>.

41 En este sentido, P. LLOPIS NADAL, «La necesidad procesal de la adhesión de la Unión Europea al CEDH [...]», *op. cit.*, 2015, p. 39, afirma que «la presunción *Bosphorus* no puede sostenerse indefinidamente –se ratifique o no el Convenio– ya que su aplicación perjudica a los Estados Miembros, a la Unión Europea y al resto de Partes Contratantes del Convenio que no pertenecen a esta organización supranacional».

42 Como ha señalado acertadamente J. SAURA, «las llamadas "demandas interestatales" son absolutamente excepcionales [...]». Parece que la sola posibilidad de que eso suceda atacaría la necesaria confianza recíproca entre los Estados miembros de la UE y la competencia exclusiva en materia de Derecho de la Unión del TJUE». *Vid.* J. SAURA, «La Unión Europea se aleja de la Europa de los Derechos», *El Diario.es-Agenda Pública*. Institut dels Drets Humans de Catalunya (IDHC), 22/01/2015 (disponible: [http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Union-Europea-aleja-Europa-Derechos\\_0\\_348565618.html](http://www.eldiario.es/agendapublica/proyecto-europeo/Union-Europea-aleja-Europa-Derechos_0_348565618.html)) [consultado: 20/05/2017].

43 Donde, con motivo de determinadas acciones militares, el TEDH recuerda que no se pueden «cometer impunemente violaciones de derechos prohibidas por el Convenio –derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de detención arbitraria– por el simple hecho de llevarlos a cabo

#### IV. ¿CÓMO RETOMAR EL PROCESO DE ADHESIÓN AL CEDH?

Llegados a la actual situación de bloqueo de la adhesión, lo cierto es que el mandato constitucional del artículo 6.2 TUE continua vigente. Por ello, las reflexiones sobre si el Dictamen 2/13 forzó una argumentación jurídica disconforme con el PAA<sup>44</sup> o si, por el contrario, sucumbió a la constricción del presupuesto dogmático de la autonomía del derecho de la Unión<sup>45</sup>, aunque doctrinalmente muy pertinentes, deberían abrir paso a la definición de las vías jurídicas necesarias para el cumplimiento del objetivo político establecido en el Tratado, a las que haremos referencia al final de este epígrafe.

A nuestro parecer, en su conjunto, los razonamientos jurídicos del TJUE evidencian ante todo que la cuestión de fondo que se dirime no es otra que la incomodidad ante la eventual sujeción de la UE en materia de derechos humanos al escrutinio de una jurisdicción ajena como el Tribunal de Estrasburgo. Es en ese sentido que el Dictamen objeto de nuestro escrutinio esgrime, como si de una barrera infranqueable se tratase, la autonomía y las innegables singularidades del derecho de la UE.

No quiere decirse con ello que no haya algunos argumentos atendibles, que justifiquen al menos parcialmente esa posición refractaria. No en vano, el sistema obligatorio de interpretación y aplicación del derecho de la UE a cargo del TJUE es una característica que diferencia a la UE del resto de OOII. Y es este un factor clave, por supuesto. El punto de partida es, pues, una situación en la que conviven, por una parte, una Carta de Derechos de la UE, insoslayable y jurídicamente vinculante; y por otra, una previsión inmutable de control judicial externo por el TEDH.

En otro orden de cosas, tanto más relevante que lo anterior son las dificultades de orden institucional y procesal derivadas de esa singularidad de la UE. Es bien sabido que la distinción UE-Estados miembros ha provocado no pocos problemas de delimitación, por ejemplo, con motivo de la participación de la UE en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por su parte, el TEDH ha llegado a afirmar

fuera del territorio de los mismos» (por todos, casos *Al-Sadoon y Al-Jedda*). Para J. SAURA, «Dado que buena parte de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE escapa del control del TJUE, éste se opone a que la UE sea demandada por decisiones tomadas en este marco por el TEDH». Por tanto, para el Tribunal de Justicia, «ya que en ese ámbito no puedo defender los derechos de los ciudadanos europeos..., que no lo haga nadie». *Vid. Ibid.*

44 *Vid.* R. ALONSO GARCÍA, «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH...», *op. cit.*, p.5.

45 *Vid.* M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2015, pp. 245-246.

que los Estados partes en el convenio no están exentos de responsabilidad ante el tribunal europeo por los ámbitos de competencia atribuidos a la UE (*Matthews v UK*, 1999).

Con todo, las ventajas de la adhesión serían sólo de carácter simbólico. En efecto, entre los sistemas jurídicos de la UE y del Consejo de Europa se produce una complementariedad de hecho, una suerte de espacio constitucional europeo común que requiere una aproximación diferente a la clásica estructura jerárquica kelseniana imperante en los ordenamientos estatales, por referencia a la idea de no exclusividad de los espacios constitucionales nacionales, pese a las lógicas incertidumbres conceptuales<sup>46</sup>. Pero también en términos de coherencia de la UE entre sus actos internos y las exigencias que viene planteando a terceros respecto a los derechos humanos. En la actualidad, además, con la Carta de Derechos Fundamentales parece difícil argumentar la ausencia de un catálogo de derechos, si es que, «*de facto*», no estaban ya integrados como principios generales del derecho de la UE por la propia jurisprudencia del TJUE. En otro orden de cosas, las diferencias de criterio entre tribunales, para definir quién es el último competente, están al orden del día en cuestiones como la primacía del derecho de la UE entre el TJUE y la justicia constitucional española, alemana o italiana.

En suma, estas dificultades y reservas no se nos antojan insalvables. Eso sí, vindican una posición de privilegio para la UE respecto del resto de miembros del Convenio. Tanto es así que, en muchos casos, es el propio Tribunal de Luxemburgo el que apunta los cambios a operar, aunque en otros se limita a sugerirlos mediante su interpretación del PAA. Sin olvidar que, a estos efectos, la propia Abogada General ha sugerido, de forma bastante atinada a nuestro parecer, las posibles medidas correctoras. Quiere decirse con ello que, en nuestra opinión, el TJUE no interpuso un veto total al acceso de la UE al CEDH, al igual que en 1994. Y que el propio andamiaje argumental del Tribunal de Luxemburgo constituye el punto de ignición que ha de conducirnos de forma realista a escenarios alternativos al del primitivo PAA.

Las alternativas van desde modificar el derecho originario de la UE hasta acometer los cambios propuestos. En este último sentido, parece razonable, por ejemplo,

<sup>46</sup> En ese sentido, precisamente, G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS y A. VALLE, han sostenido que los conflictos entre jurisdicciones son más teóricos que reales, debido a la existencia de un acervo común europeo que está en el origen tanto del Consejo de Europa (art. 1) como de la UE. *Vid.* «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 1, núm. 2, 1997, p. 374.

la adopción de unas normas internas de funcionamiento que deriven de la adhesión, algo que el Consejo, por cierto, ha sugerido que debería preceder a la celebración de cualquier eventual Acuerdo. En todo caso, esas reglas deberían servir para resolver cuestiones más o menos accesorias como la selección de los tres candidatos al puesto de juez a presentar por la UE (art. 22 CEDH) y la evaluación de su idoneidad. También la previsión de mecanismos de coordinación y armonización de las alegaciones formuladas en el proceso por parte de los Estados miembros, pues parece necesario que se articulen procedimientos y trámites incidentales «*ad hoc*». A este respecto, no se olvide que el propio Dictamen sostiene en este sentido la posibilidad de atribuir nuevas competencias al TJUE a través de un acuerdo internacional celebrado por la Unión. En ese caso, el Acuerdo podría ser considerado el fundamento competencial idóneo del antedicho mecanismo incidental. Hagamos votos pues para que dicho principio, que tantos servicios ha prestado a la integración europea, ilumine nuevamente a las instituciones y a los Estados miembros para alcanzar la tan deseada adhesión al CEDH.

### **Resumen**

*El debate sobre la relación entre la UE y el CEDH ha oscilado tradicionalmente entre la total inhibición de los Tratados de la UE, al mandato de adhesión a éste operado en el Tratado de Lisboa. Dicha adhesión constituiría un significativo avance en el proceso de perfeccionamiento del marco competencial de la UE, mediante la incorporación de un mecanismo de control judicial externo en materia de derechos humanos. No obstante, la negociación del instrumento jurídico que ha de materializar dicha incorporación ha experimentado un severo retroceso, especialmente tras el posicionamiento refractario del TJUE. Admitiendo la complejidad de dicho proceso, debido a la singularidad de una organización internacional sui generis como la UE, caracterizada por su carácter supranacional y por la existencia de un ordenamiento jurídico y una jurisdicción propios, la decisión del Tribunal apenas oculta su desconfianza y su particular celo en seguir siendo el intérprete único de la legalidad de la UE.*

### **Palabras Clave**

*Derechos humanos y derechos fundamentales, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.*

### **Abstract**

*The debate on the relationship between the EU and the ECHR has traditionally oscillated between total inhibition of the EU treaties to mandate operated accession to the Treaty of Lisbon. Such accession would constitute a significant advance in the process of improving the competence framework of the EU, by incorporating an external judicial control mechanism*

*on human rights. However, the negotiation of the legal instrument to realize such incorporation has experienced a severe setback, especially after the refractory positioning of the ECJ. Admitting the complexity of the process, due to the uniqueness of a sui international organization generis as the EU, characterized by its supranational nature and the existence of a legal system and own jurisdiction, the Court's decision barely concealed his distrust and particular zeal to remain the sole interpreter of the legality of the EU.*

**Key Words**

*Human rights and fundamental rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights.*

Recibido: 20 de febrero de 2017

Aceptado: 4 de julio de 2017

# Legislación

---



# CRÓNICA DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA DEL SEGUNDO SEMESTRE DE 2017

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

*Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga*

## SUMARIO:

- I. Seguridad alimentaria.
- II. La Fiscalía Europea.
- III. Seguridad en el transporte aéreo y marítimo.
- IV. Seguridad financiera.

La legislación europea del segundo semestre de 2017 se ha caracterizado fundamentalmente por la preocupación de la alimentación, por la creación de una Fiscalía Europea cuyo Reglamento analizamos, y por las medidas de seguridad en buques y embarcaciones, tanto en lo que se refiere a la tripulación como a las instalaciones, de las que igualmente analizamos las Directivas que las regulan.

## I. SEGURIDAD ALIMENTARIA

Son numerosas, como veremos, las disposiciones referentes a las composiciones químicas de los alimentos en proceso de industrialización y de conservación de las que se han dictado Reglamentos de Ejecución, en lo que se refiere a los aditivos de preparados químicos autorizados, de los que reseñamos los más importantes:

– Reglamento de Ejecución, (UE) 2017/1986, de 17 de octubre, de la Comisión, relativo a la autorización de un preparado producido por *Aspergillus Niger* (NRRL 25541), como aditivo en la alimentación de los pollos de engorde, gallinas ponedoras, cerdos de engorde, especies menores de aves de corral y especies porcinas menores para engorde, y por el que se modifica el Reglamento (CE) 225/2005, y se deroga el Reglamento (CE) 668/2003).

Lo que ha originado este nuevo Reglamento, es el reexamen de estos productos, mediante la comprobación de que no tienen resultados adversos para la salud, conclusión a la que se llega después de testarlos en fases de comprobación, que hacen innecesario un seguimiento posterior, al demostrarse la benignidad del producto.

No obstante, se da un plazo que termina el 7 de mayo de 2018 para el etiquetado de estos productos, que podrán seguir utilizándose y comercializándose hasta el agotamiento de sus existencias.

El lenguaje del Reglamento es comedido y altamente tecnificado en cuanto a la información que proporciona, no justificando su retirada del mercado a partir de mayo de 2018, lo que deja en el desconocimiento de cuál es entonces la razón de no seguir produciendo estos aditivos, si no perjudican la salud, o de seguir manteniéndolos un tiempo más, si son perjudiciales.

– Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1904 de la Comisión de 18 de octubre de 2017, relativa a la autorización de un preparado de *Bacillus licheniformis* DSM 28710 como aditivo en la alimentación de pollos de engorde y de pollitas criadas para puesta.

Hace referencia al Reglamento 1831/2003, en el que se regulan los requisitos y procedimientos para conceder la autorización del uso de aditivos en el uso de la alimentación animal, y considerando que estos requisitos se reúnen, concede la autorización.

– Igual que el Reglamento anterior, serán los Reglamentos de Ejecución 2017/1906, de 18 de octubre, el 2017/1905, de 18 de octubre, relativos a otras sustancias químicas sobre las que se concede igualmente autorización.

– En relación con este tema, el Reglamento (UE) 2017/1495, de la Comisión, de 23 de agosto, modifica el Reglamento (CE) n. 2073/2005, por lo que se refiere a *Campylobacter* en canales de pollos de engorde.

Va dirigido a las empresas alimentarias que comercializan estos productos, para exigir medidas de higiene en la cadena alimentaria. Se basa en un Informe de la Unión Europea que estudia las enfermedades transmitidas por los alimentos, por parte de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades.

Este Informe puso de manifiesto cómo los mataderos de pollos estaban contaminados en un porcentaje del 75.8 % con variaciones significativas entre los Estados miembros y entre los mataderos.

La modificación del reglamento atañe sobre todo a cuestiones técnicas relacionadas con muestreos de comprobación de índices de contaminación, y del cumplimiento de los niveles de seguridad.

– Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1492, de la Comisión, de 21 de agosto de 2017, relativo a la autorización del colecalciferol como aditivos en piensos para todas las especies animales.

En este caso, el Reglamento de Ejecución modifica las condiciones y cantidades del uso, y no la permite para el agua de beber. La parte introductoria de la norma se limita a decir que el hecho de no autorizarla para el agua de beber lo sería porque «una vía de administración adicional aumentaría el riesgo para los consumidores y los animales». Razón esta que produce aún mayor inquietud cuando a renglón seguido se dice que «Esta prohibición no se aplica a esta sustancia cuando se utilice en piensos compuestos que se administran posteriormente a través del agua».

Produce cierta inquietud en cuanto se trata de medidas a las que es muy sensible la opinión pública, y sobre las que el grado de tecnificación no permite a las personas de mediano conocimiento científico que son la mayoría, el conocimiento de estos matices. Se echa en falta un mayor grado de explicación a la ciudadanía, de todas estas decisiones de la Unión en relación con los temas alimentarios.

– Reglamento de Ejecución (UE) 2917/1907, de la Comisión, relativo a la autorización de un preparado de *Lactobacillus plantarum* y *Lactobacillus buchneri*, como aditivos para la alimentación de bovinos y ovinos.

En este caso, el Reglamento se limita a su autorización por no contener sustancias que perjudiquen la salud de las personas, y a exigir medidas de protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

– Reglamento de ejecución (UE), 2017/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento (UE) 540/2011.

Se aprueba la renovación de la aprobación de la sustancia activa 2.4-DB. En casos de renovación de las aprobaciones previas de sustancias activas, la UE hace especial hincapié en la protección de los trabajadores en lo que se refiere a las medidas de seguridad. Y en este caso concreto además a las protecciones los consumidores, de los organismos acuáticos y a la protección de los consumidores. Tampoco en este caso se detallan ni se razonan los peligros que deban ser conocidos por la ciudadanía, lo que, por otra parte, no impide, sino que aconseja que estos riesgos deban ser objeto de información de los respectivos estados miembros de la Unión.

– Reglamento de ejecución (UE), 2017/1270, de la Comisión de 14 de julio de 2017, por el que se modifica el anexo II del Reglamento (CE) 1333/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a la utilización de carbonato de potasio (E 501) en frutas y hortalizas peladas, cortadas y trituradas.

– Reglamento (UE) 2017/1203 de la Comisión de 5 de julio de 2017, por el que se modifica la Directiva 2002/46/CE del Parlamento y del Consejo y el Reglamento (CE) 1925/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta al

silicio orgánico y a los oligosacáridos fosforilados del calcio, añadidos a los alimentos y utilizados en la fabricación de complementos alimenticios.

Igualmente, se considera que esta sustancia es compatible con la salud, si se cumplen determinadas condiciones y en este caso, la normatividad del reglamento consiste en la adición al listado establecido en la directiva de esta sustancia.

– Reglamento (UE) 2017/1202, de la Comisión de 5 de julio de 2017, por el que se deniega la autorización de determinadas declaraciones de propiedades saludables en los alimentos distintas de la relativas a la reducción del riesgo de la enfermedad y al desarrollo y la salud de los niños.

Se parte de la consideración general de que la atribución de propiedades saludables a los alimentos está prohibida a no ser que las autorice la Comisión y las incluya en la lista de declaraciones permitidas. La solicitud de declaración habrá de hacerse a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, que deberá emitir un dictamen sobre la declaración de propiedades saludables si proceden. En este caso no se probaba que tal alimento tuviera una relación causa efecto con la enfermedad que podía curar, y por esta razón se deniega la inclusión en la lista referida.

Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1496 de la Comisión de 23 de agosto de 2017, relativo a la no renovación de la aprobación de la sustancia activa DPX KE 459, con arreglo al Reglamento (CE) 1107/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la utilización de productos fitosanitarios, y por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 540/2011, de la Comisión.

En este caso se deniega la autorización en función de las propiedades toxicológicas intrínsecas la sustancia originaria que muestran los estudios, en particular la carcinogenicidad y la toxicidad para la reproducción, la presencia de metabolitos en las aguas subterráneas que pueden tener efectos nocivos para la salud humana.

Como medida de transición se concede un plazo de hasta el 13 de diciembre de 2018, para los productos sanitarios que contengan DPX KE 459 y se obliga a los estados miembros a la retirada de la autorización de los productos sanitarios que contengan esa sustancia antes del 13 de diciembre de 2017.

## II. LA FISCALÍA EUROPEA

La Fiscalía Europea se contempla en el Reglamento (UE), 2017/1939, del Consejo de 12 de octubre de 2017, por el que se crea una Fiscalía Europea, prevista en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el título relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

La iniciativa se adoptó el 17 de julio de 2013, vista la necesidad de hacer frente a los delitos financieros y la necesidad del estado de proteger los intereses financieros. Había sido solicitado por 17 estados miembros y ante la falta de unanimidad se retrasó hasta conseguir el acuerdo, en la medida en que se pudo entender la importancia de unir esfuerzos, dada la insuficiencia de medios de cada estado para abordar por su cuenta las medidas exigidas para el control de estas actividades derivadas de los intereses financieros.

El cap. 1 delimita su objeto y las definiciones más importantes relacionadas con la norma. En el art. 1 se declara que se crea una Fiscalía europea y se establecen sus normas de funcionamiento.

El art. 2 establece las funciones del Estado miembro, persona, personal de la fiscalía, fiscal europea, fiscal europeo delegado, fiscal europeo delegado asistente, datos personales, tratamiento, perfiles, seudonimización, fichero, responsable, encargado del tratamiento, diversos términos referidos a los datos, salud, control, y organización internacional.

El cap. 2 regula la creación, funciones principios básicos de la Fiscalía Europea.

En su art. 3 se crea la Fiscalía Europea como órgano de la Unión, se le reconoce una personalidad jurídica, y la función de cooperación con Eurojust y el apoyo de esta institución.

El art. 4 regula las funciones, que son las de la responsabilidad de investigar los delitos que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión, previstos en la Directiva (UE) 2017/1371, y determinados por el propio Reglamento, el ejercicio de la acción penal, la solicitud de apertura del juicio contra sus autores y cómplices, la investigación de la acusación y demás actuaciones ante los órganos jurisdiccionales competentes de los estados miembros hasta que concluya la causa de que se trate.

El art. 5 enumera los principios básicos a que debe sujetarse la fiscalía. El respeto a los derechos consagrados en la Carta, los principios de legalidad y proporcionalidad en sus actividades. La investigación y acusación de todos los asuntos se llevará a cabo por este Reglamento. Con carácter supletorio se aplicará la legislación de los estados, que será en cada momento la del estado miembro cuyo Fiscal Europeo este encargado del expediente, de conformidad con el principio de prevalencia del reglamento en caso de conflicto entre ambas normas. La Fiscalía será imparcial y por lo tanto buscará tanto las pruebas inculpatorias como las exculpatorias. Lo hará sin retrasos injustificados.

El art 6 dice que por su parte las autoridades nacionales respaldarán y apoyarán las investigaciones de la Fiscalía Europea, y todas las actividades se registrarán por el principio de cooperación leal. Será independiente, actuarán en interés de la Unión,

y no solicitará ni aceptará instrucciones de ninguna persona ajena a la Fiscalía de ningún estado miembro, institución o persona ajena, en el desempeño de sus obligaciones, solo rendirá cuentas ante el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, y presentará informes anuales de su gestión.

El art. 7 regula este Informe anual en términos concisos, deberá hacerlo en los idiomas de la Unión, y remitirlo, además de los arriba señalados, a los parlamentos nacionales de los estados miembros de la Unión.

El cap. 3 regula el estatuto jurídico, la estructura y la organización.

El art. 8 dice que: se compondrá de una Fiscalía Europea, a nivel central y también descentralizado, con Fiscales Europeos Delegados.

El art. 9 crea un Colegio formado por un Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos de cada estado miembro, se reunirá con regularidad, establecerá salas Permanentes, fijará las responsabilidades y funciones del personal, y adoptará sus decisiones por mayoría simple.

El art. 10 pormenoriza las Salas Permanentes, que serán presididas por el Fiscal General Europeo, o fiscales adjuntos. Repartirá la carga de trabajo de manera aleatoria, salvo excepciones, y dará instrucciones para el seguimiento de los asuntos.

Los arts. 12 al 17 establecen la casuística de nombramientos y funciones de los diferentes Fiscales.

En el art. 18 se regula el Director Administrativo, que tendrá contrato temporal, mediante un proceso de selección abierto y transparente, con un mandato de 4 años. Sus funciones se describen en el art. 19.

El cap. 4 regula las competencias y su ejercicio. No difieren en exceso de las reconocidas a las fiscalías de los estados europeos en materia procesal, con las peculiaridades de la materia.

El cap. 5 entra en el detalle de las actuaciones concretas que puede llevar a cabo la Fiscalía Europea, con las normas adecuadas para resolver los conflictos posibles con los estados miembros, competencias penales, alternativas a las acciones penales, y materia de prueba.

En el cap. 6 se regulan las garantías de las personas investigadas e inculpadas en estos delitos fiscales. Sus derechos procesales, el control jurisdiccional de las actuaciones de la Fiscalía, y las demás de resolución de estos procesos, que se completa con el cap. 7 referente al tratamiento de la información obtenida en la investigación.

Especial importancia se concede al tratamiento de los datos manejados en la investigación, que se regulan en el cap. 8, y abarca desde el art. 47 al 88.

El cap. 9 regula cuestiones referentes al personal al servicio de esta institución, así como a los diferentes aspectos financieros, el cap. 10, a las relaciones de colaboración necesarias entre la Fiscalía y las relaciones con Eurojust y la Olaf.

Finalmente, el cap. 11 regula unas disposiciones generales atinentes al régimen lingüístico, la confidencialidad, la transparencia, las responsabilidades en que pueden incurrir estas personas en el ejercicio de sus actividades, y la entrada en vigor del propio reglamento.

### **III. SEGURIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO Y MARÍTIMO**

Un grupo de Directivas regula las condiciones de seguridad de los pasajeros y condiciones de los buques de servicio regular de viajeros.

Directiva (UE) 2017/2110 del Parlamento y del Consejo, de 15 de noviembre, sobre un sistema de inspecciones para garantizar la seguridad en la explotación de pasaje de transbordo rodado y naves de pasaje de gran velocidad en servicio regular y por la que se modifica la Directiva 2009/16/CE y se deroga la Directiva 1999/35/CE del Consejo.

La Directiva obedece a la necesidad de aumentar los niveles de seguridad en el transporte de viajeros, como consecuencia de la amenaza terrorista, en transportes en los que se produzcan trasbordos entre un estado miembro y un tercer país, cuando el pabellón del buque sea el mismo que el del estado miembro, o realice travesías nacionales en servicio regular en zonas marítimas en las que operen buques de clase A.

Se prevé que antes de comenzar la prestación de servicios, las autoridades lleven a cabo una inspección preliminar a fin de comprobar los requisitos de navegación y de seguridad establecidos, y que se efectuará por un inspector.

Igualmente se prevén inspecciones periódicas cada doce meses, mediante procedimientos pactados con los estados miembros, que no perturben el desarrollo de la actividad.

Una vez realizada la inspección se redactará un informe que se enviará a una base de datos, con copia al capitán del barco. En aquellos casos en los que la inspección revele peligro para la seguridad de las personas, se prohibirá la salida, que no se levantará hasta la desaparición del peligro.

Los anexos de la Directiva pormenorizan los detalles de cómo debe llevarse a cabo la inspección, que ha de tener en cuenta sobre todo las instalaciones, sistemas de evacuación en caso de necesidad, y cuestiones como el idioma de la tripulación, al

objeto de facilitar y permitir una solución a los problemas que se pudieran plantear en relación con la seguridad.

Directiva (UE) 2017/2108, que modifica la Directiva 2009/45/CE sobre las reglas y normas de seguridad aplicables al pasaje.

En este caso se trata de buques y naves de pasaje, que con independencia de su pabellón, realicen travesías nacionales.

Las modificaciones afectan sobre todo a la necesidad de seguir unas medidas de seguridad y van desde la construcción de las naves, hasta el mantenimiento de estas, e igualmente a la necesidad de un reconocimiento anual de que se mantienen en los niveles exigidos de seguridad.

Directiva (UE) 2017/2109 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2017, que modifica la Directiva 98/41/CE del Consejo, sobre el registro de personas que viajan a bordo de buques de pasaje precedentes de puertos de los estados miembros de la Comunidad o con destino a los mismos, y la Directiva 2010/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las formalidades informativas exigibles a los buques de su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros.

Se trata en este caso de incrementar los niveles de seguridad en lo que se refiere a la información de las personas que viajan, en relación con posibles operaciones de búsqueda o salvamento. Y para ello se pretende actualizar la normativa en lo que se refiere a la transferencia de datos electrónicos, con el mayor grado posible de informatización. La ventanilla única nacional ha simplificado numerosos trámites desde 2010, y ha permitido el acceso fácil a los datos de identificación, por lo que se trata de añadir a esta nuevas funcionalidades que permitan aumentar el nivel de eficacia.

Las medidas concretas hacen referencia a la necesidad de que antes de hacerse a la mar, conste en el barco la información de todos los pasajeros que contiene, y que haya una persona habilitada para efectuar los registros que fueran necesarios a las personas que viajan.

Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017, sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

El art. 1 de la Directiva señala el objetivo y el ámbito de aplicación como la necesidad de una mayor armonización en el derecho de la Unión, aplicable a los de-

rechos de autor, y derechos afines, en el marco del mercado interior, regulando obras y prestaciones son autorización del autor, en favor de personas con discapacidad para acceder a textos impresos.

Se trata de una limitación a los derechos de autor, que está justificada por la necesidad de efectuar acciones positivas en favor del derecho a la igualdad de algunos colectivos con algunas capacidades limitadas al acceso a la lectura y otras prestaciones protegidas por los derechos de autor.

El objeto de la regulación es precisamente este, la limitación de los derechos de autor en favor de las personas ciegas y discapacitadas y permite a los estados establecer la excepción a la autorización del titular del derecho para producir estas obras en formatos compatibles con beneficiarios discapacitados. Se hará de forma que perjudique lo menos posible estos derechos de autor, y sin ánimo de lucro por parte de quienes lo lleven a cabo.

#### **IV. SEGURIDAD FINANCIERA**

Finalmente, en materia internacional, un Acuerdo entre EE. UU. y la UE sobre información de seguros y reaseguros, fija una importante colaboración para proporcionar seguridad financiera entre las partes.

Acuerdo Bilateral entre la Unión Europea y los estados Unidos de América, sobre medidas prudenciales en materia de seguros y reaseguros.

Se plantea como una medida de protección a los tomadores de seguros y reaseguros y otros consumidores, en un intento de cooperación entre las autoridades de supervisión de la UE y de los EE. UU., debido al incremento de la actividad global del mercado.

Fundamentalmente persigue un intercambio de información que puede llegar a ser confidencial, en cuanto a las garantías de las operaciones de los ciudadanos respectivos.

Para ello se acuerdan medidas de tipo organizativo y procedimental que faciliten la resolución de posibles problemas relacionados con la gestión de las pólizas.

Así, la competencia de los órganos jurisdiccionales en función del domicilio social del tomador, el intercambio de información, y la creación de un Comité Mixto, compuesto por representantes de los Estados Unidos y de la Unión Europea que ofrecerá a las partes un foro de consulta e intercambio de información en relación con la gestión de este acuerdo y su implementación.

Respecto de la posibilidad de resolución del Acuerdo, ambas partes se reservan esta opción, estableciéndose una consulta previa obligatoria de denuncia, con inde-

pendencia de la posibilidad de resolución por incumplimiento de las condiciones pactadas de una de ellas.

Hay un Anexo, igualmente articulado que tiene como finalidad de la creación de un entendimiento sobre el intercambio de información de las partes. Hace referencia a la exigencia de confidencialidad de todas las personas intervinientes en el proceso de información, y a su utilización estricta para los fines perseguidos, su tratamiento en el proceso de transmisión de una parte a otra, y posibilidades de denegación por causa justificada.

#### **Resumen**

*La crónica subraya las novedades normativas que afectan a la seguridad alimentaria, la fiscalía europea, seguridad en el transporte y seguridad financiera.*

#### **Palabras Claves**

*Seguridad alimentaria, seguridad en el transporte, seguridad financiera, Fiscalía europea.*

#### **Abstract**

*This chronicle underlines the new legislation on food security, transport security, financial security and the European prosecutor.*

#### **Key Words**

*Food security, transport security, financial security and European prosecutor.*

Recibido: 18 de diciembre de 2017

Aceptado: 18 de diciembre de 2017

Foro

---



# ALGUNOS APUNTES SOBRE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo*

## SUMARIO:

- I. Presentación.
- II. ¿Sirve el sistema electoral a la expresión del pluralismo y al igual valor de los votos?.
- III. ¿Contribuye el sistema de partidos al buen funcionamiento de la democracia española?.
- IV. ¿Rinde cuentas de su gestión el Gobierno ante el pueblo y el Parlamento?.
- V. ¿Hay igualdad de derechos políticos y participan todos los ciudadanos en la vida pública?.
- VI. Conclusiones.

## I. PRESENTACIÓN

Preguntarse, desde una perspectiva sociológica, acerca de la «calidad» de la democracia realmente existente en un concreto país es algo que se viene realizando desde hace bastante tiempo en diferentes Estados<sup>1</sup> y que empezó a practicarse oficialmente en España desde, al menos, 2007, año en el que el Centro de Investigaciones Sociológicas realizó su estudio número 2701<sup>2</sup>, al que siguió un segundo estudio, el 2790<sup>3</sup>, en 2009, titulados, literalmente, «calidad de la democracia»<sup>4</sup>.

1 Véase, por ejemplo, el trabajo de D. BEETHAM, E. CARVALHO, T. LANDMAN y S. WEIR, *Assessing the Quality of Democracy. A Practical Guide*, IDEA International, Estocolmo, 2009, disponible (a 20 de diciembre de 2017) en <https://www.idea.int/publications/catalogue/assessing-quality-democracy-practical-guide>

2 [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=8080&cuestionario=9354&muestra=14545](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=8080&cuestionario=9354&muestra=14545) (disponible a 20 de diciembre de 2017).

3 [http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1\\_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9922&cuestionario=11536&muestra=17205](http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=9922&cuestionario=11536&muestra=17205) (disponible a 20 de diciembre de 2017).

4 Véanse, al respecto, el libro de B. GÓMEZ FORTES, I. PALACIOS BRIHUEGA, R. VARGAS-MACHUCA y M. PÉREZ YRUELA, *Calidad de la democracia en España: Una auditoría ciudadana*, Ariel, Barcelona, 2010, y el estudio de I. PALACIOS BRIHUEGA, *Los españoles y la calidad de*

En los últimos años y como consecuencia, precisamente, del cuestionamiento de la calidad de la democracia española –recuérdese ¡Le llaman democracia y no lo es! tan escuchado en el 15-M–, asistimos a una proliferación de trabajos que, desde diferentes perspectivas, tratan de medir, en términos homologables internacionalmente, las fortalezas y debilidades del sistema político-constitucional español; a título de ejemplo, pueden citarse el informe anual «sobre la democracia en España» que realiza la Fundación Alternativas<sup>5</sup> y los estudios comparados que lleva a cabo el Banco Mundial<sup>6</sup>.

Como recuerda Irene Palacios, existen dos grandes marcos para evaluar la calidad democrática: el del proyecto «Democratic Audit», que se inició en el seno del «Human Rights Centre» de la Universidad de Essex, cuyos principales artífices fueron Stuart Weir y David Beetham (1999)<sup>7</sup>, y el marco desarrollado por Larry Diamond y Leonardo Morlino (2005) en el simposio especial de la «Journal of Democracy» sobre calidad de la democracia<sup>8</sup>.

En su estudio de 2013, Irene Palacios se decanta por el marco teórico del proyecto «Democratic Audit» por dos sencillas razones: en primer lugar, porque ha logrado una amplia difusión internacional a través del campo de las auditorías democráticas; en segundo lugar, porque en España es utilizado como marco de análisis para el examen del funcionamiento de la democracia que todos los años realiza, como ya se ha indicado más arriba, la Fundación Alternativas tomando como base las opiniones de expertos, lo que facilitaría una hipotética comparación de los datos<sup>9</sup>.

Este proyecto tiene en cuenta catorce esferas coincidentes con catorce preguntas vinculadas a cuatro grandes pilares: ciudadanía, leyes y derechos; representación y

*la democracia*, Colección Opiniones y actitudes, Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 2016, disponible en <https://libreria.cis.es/libros/los-espanoles-y-la-calidad-de-la-democracia/9788474767087/> (disponible a 20 de diciembre de 2017).

5 <http://www.fundacionalternativas.org/las-publicaciones> (disponible a 20 de diciembre de 2017).

6 <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home> (disponible a 20 de diciembre de 2017). Puede verse un resumen de tres de los estudios comparados internacionales más valorados en la entrada de P. MARÍ-KLOSE, «La democracia española en perspectiva comparada», *Agenda Pública*, 5 de noviembre de 2017, <http://agendapublica.elperiodico.com/la-democracia-espanola-perspectiva-comparada/> (disponible a 20 de diciembre de 2017).

7 D. BEETHAM, y S. WEIR, *Political Power and Democratic Control in Britain. The Democratic Audit of the United Kingdom*, Routledge, Londres, 2009.

8 L. DIAMOND, y L. MORLINO, *Assessing the Quality of Democracy*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005.

9 I. PALACIOS BRIHUEGA, *op. cit.*, p. 16.

control del gobierno; sociedad civil y participación, y democracia más allá de las fronteras del Estado<sup>10</sup>.

Pues bien, en estas páginas nos serviremos de cinco de estas catorce preguntas para analizar, desde una perspectiva jurídico-constitucional, la calidad de la democracia española. Como es obvio, será un análisis parcial –poco más de un tercio del total– y centrado en los indicadores que más tienen que ver con los procesos de participación política, tres de ellos vinculados al pilar «representación y control del gobierno» (sobre el funcionamiento del régimen electoral español, el papel del sistema de partidos en nuestro sistema democrático y sobre la rendición de cuentas del gobierno ante el Parlamento y la sociedad) y otros dos muy vinculados entre sí: uno propio del pilar «ciudadanía, leyes y derechos» –¿existe igual garantía de los derechos políticos para todos?– y el otro integrante del pilar «sociedad civil y participación» (¿participan todos los ciudadanos en la vía política?)<sup>11</sup>.

## II. ¿SIRVE EL SISTEMA ELECTORAL A LA EXPRESIÓN DEL PLURALISMO Y AL IGUAL VALOR DE LOS VOTOS?<sup>12</sup>

Este primer indicador no se centra en valorar si en España los procesos electorales son «limpios», algo que parece fuera de toda duda, sino en analizar si el régimen electoral está diseñado para expresar con la mayor fidelidad posible el pluralismo político existente en la sociedad y para garantizar la igualdad del valor del voto de los ciudadanos.

Hay que comenzar recordando que la transición de la dictadura a la democracia se articuló a partir de un régimen electoral que, en esencia, sigue vigente cuarenta años después. Ya la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, estableció que la elección de 350 diputados al Congreso se llevaría a cabo de acuerdo con «criterios de representación territorial», pero con la significativa prevención de «dispositivos correctores para evitar fragmentaciones inconvenientes de la Cámara, a

10 <https://libreria.cis.es/static/pdf/OA74acc.pdf> (disponible a 20 de diciembre de 2017).

11 En el momento de concluir estas páginas tuve noticia de la publicación del libro de R. BUSTOS GISBERT, *Calidad democrática. Reflexiones constitucionales desde la teoría, la realidad y el deseo*, Marcial Pons/Fundación Manuel Giménez Abad, 2017; no he podido leer el texto, pero sí ver que se ocupa también de las elecciones, los partidos políticos y los controles sobre los gobernantes; trata, además, los casos de corrupción y los efectos de la globalización.

12 Me ocupé con más detalle de esta cuestión en «Régimen electoral (maquiavélico) y sistema de partidos (con sesgo mayoritario)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, p. 13 y ss.

cuyo efecto se fijarán porcentajes mínimos de sufragios para acceder al Congreso» (Disposición Transitoria Primera)<sup>13</sup>.

Y el posterior Decreto-ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977, estableció los criterios para que el régimen electoral generara un sistema en el que no todos los partidos políticos tendrían una presencia parlamentaria proporcional a su aceptación entre el electorado, donde las formaciones políticas partieran en una situación de ventaja respecto a las meras agrupaciones temporales de ciudadanos y en el cual la determinación del orden de colocación en las listas electorales dependiera de los órganos de dirección de los partidos; se pretendía, en suma, fortalecer a los partidos políticos en general y a los que obtuvieran respaldo electoral mayoritario en particular<sup>14</sup>.

Estas previsiones normativas estuvieron muy presentes en el proceso de elaboración del texto constitucional y con su incorporación a la Norma Fundamental<sup>15</sup> se convirtieron en algo indisponible para las Cortes Generales<sup>16</sup>, formando, en expresión gráfica, nuestra «Constitución electoral»<sup>17</sup>, con su ejemplo más acabado en

13 Véase, sobre la aprobación de la Ley para la Reforma Política, B. ALÁEZ CORRAL, «La Constitución española de 1978: ¿Ruptura o reforma constitucional?», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 9, 1997, p. 161 y ss.; sobre su influencia en nuestro vigente sistema electoral, A. FERNÁNDEZ-MIRANDA «Los sistemas electorales para el Congreso de los Diputados y el Senado», en *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 521 y ss., y Á. J. SÁNCHEZ NAVARRO, *Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 66 y ss.

14 Véase el análisis de R. L. BLANCO VALDÉS «La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 149 y ss.

15 Con la objeción del Partido Comunista por la merma de proporcionalidad que suponían; al respecto son muy ilustrativas las palabras del Diputado SOLÉ TURA el 12 de julio de 1978 en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados que debatía el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas sobre el Anteproyecto de Constitución, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 108, p. 4184 y ss. Puede consultarse en <http://www.congreso.es> y en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, t. II, Madrid, Cortes Generales, 1980, p. 2236 y ss.; véanse también las consideraciones incluidas en el estudio de J. SOLÉ TURA y M. Á. APARICIO PÉREZ, *Las Cortes Generales en el sistema constitucional*, Tecnos, Madrid, 1984; me ocupé de esta cuestión en «Crónica de una desproporcionalidad anunciada», en *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, vol. 1, Congreso de los Diputados, 2008, p. 859-874.

16 Una postura crítica con la incorporación a la Norma Fundamental de numeras prescripciones electorales es la de E. ARNALDO ALCUBILLA en *El carácter dinámico del régimen electoral español*, CEPC, Madrid, 2002, p. 11 y ss.

17 F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Elecciones y Tribunal Constitucional. ¿Una intersección no deseada?», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 41, 1991, p. 95.

el artículo 68, que fija el número máximo y mínimo de diputados, el carácter del sufragio, la circunscripción provincial, la proporcionalidad de la representación, la duración del mandato, quiénes son electores y elegibles, y la franja temporal de celebración de las elecciones<sup>18</sup>.

Aquí están los elementos del sistema electoral para el Congreso de los Diputados, cuya articulación procedimental se deja en manos del legislador<sup>19</sup>, que cuando se decidió a desarrollarlo admitió sin pudor que su renovación no era en modo alguno radical, «debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-ley» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, LOREG).

En suma, hay que decir que el régimen electoral español para las elecciones al Congreso de los Diputados, tejido a partir de unos mimbres constitucionales y legales muy rígidos, es un caso paradigmático en el Derecho comparado de cómo se puede influir en el sistema de partidos, articulando formaciones muy disciplinadas, reduciendo el número de opciones que consiguen escaños, beneficiando en términos electorales y económicos a las candidaturas –sean las que sean– que obtienen mejores resultados y aumentando la probabilidad de que se produzcan cómodas victorias electorales del partido mayoritario<sup>20</sup>.

18 «1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley. 2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población. 3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional. 4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara. 5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España. 6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones».

19 M. AZPITARTE SÁNCHEZ señala que «mientras que el sistema electoral demanda una mayor rigidez constitucional que evite su disponibilidad en manos de mayorías contingentes, se puede afirmar que la menor rigidez del procedimiento electoral facilita su adaptación a los cambios que impulsa y exige la experiencia de cada contienda electoral»; véase su trabajo «La dimensión constitucional del procedimiento electoral», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 11-12, 2002-2003, p. 425 y ss.; en concreto, p. 443.

20 Para una aproximación comparada véase el libro colectivo coordinado por G. RUIZ-RICO y S. GAMBINO, *Formas de gobierno y sistemas electorales: la experiencia italiana y española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

La «diferencia española» se evidencia, por recordar un dato elocuente, en que un sistema electoral teóricamente proporcional ha generado, en el espacio temporal de 30 años, cuatro mayorías absolutas (elecciones de los años 1982, 1986, 2000 y 2011) sin que en ninguno de esos procesos la formación ganadora hubiera obtenido la mitad de los sufragios.

Elecciones	Partido ganador	Núm. Escaños	% de votos	% de escaños
1982	PSOE	202	48,11	57,11
1986	PSOE	184	44,06	52,57
2000	PP	183	44,52	52,28
2011	PP	186	44,63	53,14

Cuadro elaboración propia

De esta manera, en España tenemos opciones político-electorales sobrerrepresentadas y otras infrarrepresentadas, componiendo así un Congreso de los Diputados que no refleja como debiera las preferencias ciudadanas, menoscabando de esta manera el valor del pluralismo político que, conforme al artículo 6 de la Norma Fundamental, expresan los partidos. Lo que aquí se evidencia no es solo la desigualdad en el «poder del voto»<sup>21</sup> sino también la configuración deliberadamente desigual del régimen electoral, que se acaba trasladando al sistema de partidos.

Se podría objetar, como ha hecho el Tribunal Constitucional, que la proporcionalidad «es, más bien, una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral hasta el punto de que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa "pureza" de la proporcionalidad abstractamente considerada» (STC 75/1985, de 21 de junio, FJ 5). «En tanto el legislador se funde

21 Sobre la diferencia entre la «igualdad en los derechos de voto» (equity in voting rights) y la «igualdad del poder del voto» (equity in voting power) véase el *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory Report – Adopted by the Venice Commission at its 52nd session*. [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad\(2002\)023rev-e&yearrelated=all](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad(2002)023rev-e&yearrelated=all) (disponible a 20 de diciembre de 2017). A esta diferenciación, con cita de ese Código, se refiere el Consejo de Estado en *El informe sobre la reforma electoral. Texto del informe y debates académicos*, CEPC, Madrid, 2009, p. 124

en fines u objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales (STC 193/1989)» (STC 45/1992, de 2 de abril, FJ 4; doctrina que reitera ATC 240/2008, de 22 de julio).

Pero resulta que la proporcionalidad no es un mero «criterio tendencial» sino un mandato constitucional orientado a hacer realidad, como mínimo, dos valores superiores del ordenamiento –la igualdad y el pluralismo político–; el mandato del artículo 9.2 –promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...–, el objeto protegido por los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 23.1 y 23.3, el carácter igual del sufragio en las elecciones al Congreso garantizado por el artículo 68.1 y que la elección se verifique atendiendo a criterios de representación proporcional (art. 68.3). Lo que cabe colegir de este último precepto, en palabras de Francisco Bastida, es que no es suficiente que en el resultado final haya proporcionalidad si ésta no se produce también en cada circunscripción<sup>22</sup>, cosa que no ocurre en la mayoría. Por si fuera poco, como explica también Bastida, esa proporcionalidad tampoco se da –porque así lo quiso el legislador preconstitucional y lo ha avalado el postconstitucional– en el resultado final de cada renovación del Congreso de los Diputados.

En segundo término, el legislador está causando «discriminaciones entre las opciones en presencia», pues no las trata de la manera más igual posible, sino que se decanta por unos mecanismos (asignar un mínimo de 2 diputados por circunscripción, mantener la elección de 350 diputados y, por tanto, un Congreso de tamaño «pequeño», optar por una fórmula electoral que no es proporcional en circunscripciones pequeñas) que, de antemano, provocan desproporcionalidad y afectan al principio de igual (o similar) valor del voto. Los dos mecanismos de ventaja, el reparto mayoritario y la sobrerrepresentación, se acumulan sobre los ganadores en ciertos distritos<sup>23</sup>.

Como concluyen Alberto Penadés y Salvador Santauste, «la competición electoral en España no tiene lugar en condiciones iguales en todas las circunscripciones, y los votos no cuentan todos lo mismo. La variabilidad de la magnitud electoral de los distritos tiene consecuencias para el sistema de partidos. Además, el sistema electoral

22 «Proporcionalidad inversa en la representación e inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Propuesta para una reforma», *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*, cit., p. 707.

23 Véase el estudio de J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *Estado de partidos: participación y representación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 111 y ss.

emplea un método de prorrateo de escaños entre las circunscripciones que introduce otra dimensión de desigualdad: la representación de los ciudadanos»<sup>24</sup>.

A esta perspectiva, que analiza la vulneración del principio de igualdad del sufragio, Ignacio Lago y José Ramón Montero añaden otra: este «malapportionment» (de origen) es un recurso institucional manejado estratégicamente por las élites partidistas para conseguir mayorías parlamentarias amplias, asegurar su acceso a la formación de gobiernos y facilitar la aprobación de sus políticas<sup>25</sup>.

El propio Consejo de Estado señaló, en su Informe de 2009 (p. 157), «que el sistema electoral del Congreso de los Diputados..., presenta algunos aspectos que podrían ser susceptibles de mejora, en aras de garantizar la igualdad de electores y partidos políticos en el proceso electoral y de revalorizar la participación de los ciudadanos en la designación de sus representantes... Un avance en este sentido podría comportar efectos beneficiosos para el fomento de la participación política de los ciudadanos y una mayor implicación de éstos en el funcionamiento democrático de las instituciones, en línea con lo ya dispuesto en la inmensa mayoría de los ordenamientos europeos».

Y una situación de desigualdad entre las opciones político-electorales como la que se produce en España sería calificada como inconstitucional en Alemania y así ha ocurrido en varias ocasiones (véase al respecto la BVferGE 121, 266, de 3 de julio de 2008)<sup>26</sup>: la igualdad de oportunidades de los partidos se irradia sobre el régimen

24 A. PENADÉS, y S. SANTAUSTE, «La desigualdad en el sistema electoral español y el premio a la localización del voto», *Revista Española de Ciencia Política*, núm. 32, 2013, p. 90.

25 I. LAGO y J. R. MONTERO «"Todavía no sé quiénes, pero ganaremos": manipulación política del sistema electoral español», *Zona Abierta*, n.º 110-111, 2005, p. 327; para A. FERNÁNDEZ-MIRANDA la estabilidad parlamentaria y la gobernabilidad son, precisamente, evidencias de que el régimen electoral no es tan negativo; *op. cit.*, p. 701 y ss.

26 Véanse los comentarios de H. H. von ARNIM, «Verfassungswidrigkeit des Bundeswahlgesetzes aufgrund des "negativen Stimmgewichts" – Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2008», *Recht und Politik*, núm. 44, p. 136-138, y D. NOHLEN «Erfolgswertgleichheit als fixe Idee oder: Zurück zu Weimar? Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Bundeswahlgesetz vom 3. Juli 2008», *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, núm. 40, p. 179-195; para una perspectiva completa del sistema electoral germano, J. BEHNKE: *Das Wahlsystem der Bundesrepublik Deutschland. Logik, Technik und Praxis der Verhältniswahl*, Nomos, Baden-Baden, 2007. Sobre el sistema electoral alemán en la doctrina española y su incidencia en el sistema de partidos, véase el ya citado estudio de Y. FERNÁNDEZ VIVAS: *Igualdad y partidos políticos. Análisis constitucional y comparado de la igualdad de oportunidades de los partidos políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007; en par-

electoral en su conjunto («Chancengleichheit») y, en concreto, sobre la introducción de un determinado sistema, que, a su vez, condiciona la existencia de más o menos grupos parlamentarios<sup>27</sup>.

Es fácil de intuir, y los estudios especializados<sup>28</sup> y las declaraciones de los actores implicados confirman dicha impresión, que la configuración del régimen electoral español –y, probablemente, de todos los que se articulan en un Estado democrático– no fue casual, sino que respondió a objetivos concretos en relación con la formación de futuros gobiernos y del sistema de partidos que se pretendía consolidar.

Como es obvio, estas razones explican el origen del régimen electoral español, pero no su larga, y plácida, vida; como resumen Ignacio Lago y José Ramón Montero, esta última se debería a «la inercia de las instituciones y, en particular, la ausencia de incentivos para que el partido en el gobierno se decida a cambiar un sistema electoral tan mayoritario, precisamente cuando ha contribuido significativamente a su victoria»<sup>29</sup>.

### III. ¿CONTRIBUYE EL SISTEMA DE PARTIDOS AL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA DEMOCRACIA ESPAÑOLA?<sup>30</sup>

El fenómeno de la consolidación de los partidos en las instituciones representativas, evidente en España y en los países de nuestro entorno, ha sido, en buena medida, responsable de la pérdida de importancia de los parlamentos como instancias autónomas: las directrices de los partidos aseguran la subordinación de los parlamentarios a las instrucciones emanadas de los órganos de dirección de las for-

particular, p. 37 y ss.; sobre las últimas reformas en la materia, C. VIDAL PRADO: «El sistema electoral alemán como modelo: ventajas e inconvenientes», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, 2012, p. 217 y ss.

27 D. NOHLEN: *Wahlrecht und Parteiensystem: Zur Theorie und Empirie der Wahlsysteme*, Verlag Barbara Budrich, 2009.

28 Véase el exhaustivo estudio de I. LAGO y J. R. MONTERO: «"Todavía no sé quiénes, pero ganaremos": manipulación política del sistema electoral español», *cit.*, p. 279 y ss.; con posterioridad, el de J. R. MONTERO y P. RIERA: «Informe sobre la reforma del sistema electoral», *cit.*, p. 375 y ss.

29 I. LAGO y J. R. MONTERO: «"Todavía no sé quiénes, pero ganaremos": manipulación política del sistema electoral español», *cit.*, p. 343.

30 Estas apreciaciones tuvieron su origen en diversos trabajos; entre ellos, en el libro *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000, y en el texto «Partidos políticos y movimientos sociales en la sociedad del riesgo y la desconfianza», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Junta General del Principado, Oviedo, 2014, p. 213 y ss.

maciones políticas. A lo anterior hay que sumar el hecho de que el triunfo de la jerarquía y de la burocratización dentro de los partidos ha contribuido a que esos mismos principios de funcionamiento se trasladaran a las instituciones en las que aquéllos se han asentado y ha propiciado, junto a otros factores, el ascenso del gobierno dentro de las relaciones entre poderes, justamente el órgano que a los promotores en su momento de la teoría de la separación de poderes les parecía una instancia bastante inofensiva.

Ahora bien, en este triunfo institucional del sistema de partidos y en la conversión del partido gobernante en «Príncipe moderno», en la afortunada expresión de Gramsci, va implícito su cuestionamiento cuando empiece a evidenciarse su limitada capacidad para dar respuesta a los problemas de la nueva modernidad; como señala Ulrich Beck, las instituciones políticas se convierten en asunto de un desarrollo que ni han planificado ni pueden reorientar y del que, sin embargo, en cierto modo, han de responder. Las capacidades de decisión institucional se han debilitado y la vida política, en los centros originariamente previstos para la formación de esa voluntad, pierde sustancia y amenaza con petrificarse en rituales. La política ha dejado de ser el lugar central, o por lo menos el único, en el que se decide la transformación del futuro social<sup>31</sup>.

Sin embargo, no parece que los partidos sean del todo conscientes de esta realidad ni de la emergencia de una nueva cultura política descentralizada que ha generado, también en palabras de Beck, unas redes de cooperación o de rechazo, de negociación, de reinterpretación y de posible resistencia de manera transversal a toda la estructura vertical y horizontal de capacidades y competencias.

Desde luego, parece fuera de dudas que esa desconfianza hacia los partidos es en la actualidad un fenómeno generalizado en los Estados democráticos de nuestros días y entre las causas de esta situación se pueden señalar algunas inherentes a los propios partidos y otras relacionadas con su gobierno de las instituciones, cuya crisis de legitimidad también influye de forma negativa en las formaciones políticas, algo que se detecta especialmente en España e Italia.

Todo ello ha cristalizado en la expresión «¡No nos representan!», entendida como una denuncia de múltiples deficiencias y que alude, al menos, a la escasa democracia interna de los partidos y su distanciamiento de los ciudadanos, a un sistema de financiación de la vida pública poco transparente y que depende, no de la aceptación e integración social de las formaciones políticas, sino de su presencia

31 U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006 p. 308, 318 y 370.

institucional; a un estatuto de los representantes políticos y de los gobernantes que se considera ha devenido en un conjunto de privilegios, a la ausencia de un proceso deliberativo que incluya las demandas ciudadanas en las discusiones parlamentarias; a la creciente percepción de que existen prácticas corruptas,<sup>32</sup>...

Así, y por resumir en no muchas palabras estas causas del cuestionamiento del sistema de partidos en España, hay que recordar, primero, que en lo que respecta a la estructura interna y el funcionamiento de nuestras formaciones políticas, si los procedimientos de designación de personas tienen un carácter más democrático cuanto mayor sea la proximidad entre los electores y los elegidos, en este caso entre los miembros del partido y los órganos de dirección, parece que se ha de abogar por un sistema de elección directa de los dirigentes y no por fórmulas indirectas, que son, sin embargo, las que predominan en España, donde los órganos de dirección suelen ser elegidos mediante congresos de compromisarios. En todo caso, si se opta por una elección indirecta de los dirigentes, el sistema de votación tendría que ser público y no secreto, para favorecer la transparencia y una relación más estrecha entre los militantes y los compromisarios, que podría desembocar en su caso en la exigencia de las correspondientes explicaciones por parte de los primeros.

Sin embargo, lo que parece predominar de modo abrumador es la práctica de congresos dirigidos a ratificar decisiones ya tomadas por los «aparatos» de las formaciones políticas. En esta línea, y aunque los partidos proclaman que toman sus decisiones «desde abajo hacia arriba», se organizan «desde arriba hacia abajo» y cuando se celebra un congreso es habitual que los órganos de dirección fijen las ponencias a debatir y las personas encargadas de su redacción y defensa, sin consideración al derecho de presentación de enmiendas por parte de los afiliados y/o compromisarios.

Por si fuera poco, los procesos de supuesta rendición de cuentas y de renovación de dirigentes se demoran en el tiempo –en Alemania los congresos son, por mandato legal, cada dos años; en España cada tres o cuatro años, según los Estatutos– y no se caracterizan por ofrecer la debida información ni a los militantes ni, en general, a la sociedad.

32 Me he ocupado de esta cuestión en el texto «¿Nos representan o no?», que forma parte del libro colectivo editado por M. CONTRERAS CASADO y E. CEBRIÁN ZAZURCA, *La crisis contemporánea de la representación política*, Comuniter, Zaragoza, 2017; es la misma línea, J. ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, *op. cit.*, p. 44 y ss.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, deja mucho que desear, en términos democráticos, el sistema de financiación de los partidos; entre otras razones, se pueden mencionar las siguientes<sup>33</sup>:

- a) en España se ha despreciado una progresiva equiparación entre la financiación pública y la privada, que podría servir para estimular el arraigo y presencia social de los partidos y su independencia. Cabe recordar que en Alemania la financiación pública no puede superar el 50% del conjunto de los ingresos del partido; en España no hay ese límite y en la práctica suele llegar al 80 y 90%;
- b) los partidos han conseguido, a través de la Ley de financiación (LOFPP), que los ingresos procedentes de los grupos parlamentarios y municipales se integren en su caja, y sobre los mismos exista libertad de disposición por parte de la entidad política; además, en 2007, se eliminó el único límite previsto en el artículo 8 de la anterior LOFPP, que disponía que «sólo podrán resultar comprometidos por los partidos políticos hasta el 25% de los ingresos procedentes de la financiación pública... para el pago de anualidades de amortización de operaciones de crédito»;
- c) hasta fechas recientes, los informes de fiscalización del Tribunal de Cuentas se han venido demorando cinco o más años, lo que era especialmente preocupante porque las infracciones existentes podían beneficiarse del plazo de prescripción de cuatro años;
- d) sigue habiendo ingresos públicos de los partidos sobre los que no opera la fiscalización: el Tribunal de Cuentas ha dicho, en los sucesivos informes que, mayoritariamente, no se han presentado las cuentas de los grupos en las corporaciones locales;
- e) tampoco, según el Tribunal, se han venido respetando las obligaciones sobre control de las aportaciones y cuotas de los afiliados ni la prohibición las donaciones anónimas;

33 Sobre estas cuestiones pueden verse los estudios recientes de G. MARTÍNEZ COUSINOU, *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido*, Tesis doctoral, UNED, 2013; A. BOIX PALOP, «Modelos de financiación de partidos políticos y corrupción: de los partidos del sistema a los partidos de los ciudadanos» en Á. JAREÑO LEAL (coord.): *Corrupción pública: cuestiones de política criminal (I)*, Iustel, Madrid, 2014, p. 161 y ss., y O. SÁNCHEZ MUÑOZ, «La insuficiente reforma de la financiación de los partidos. La necesidad de un cambio de modelo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015, p. 49 y ss.

- f) las fundaciones y asociaciones vinculadas a los partidos han venido siendo utilizadas para obtener financiación que no pueden recibir de manera directa los partidos, pues, por imperativo legal, no les afectan las prohibiciones de aceptar o recibir, directa o indirectamente, donaciones de empresas privadas que, mediante contrato vigente, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas; tampoco la previsión que limita las donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica a 50.000 euros anuales...

Mauro Calise advierte que «si la fuerza expansiva de los partidos se origina desde abajo, su capacidad de resistencia se encuentra en lo alto, en una esfera estatal que ofrece a los partidos los recursos que ya no son capaces de extraer de su antigua base social. Pero ¿cuánto podrá durar la supervivencia de los poderosos dinosaurios del pasado aprisionado en la red del Leviatán?»<sup>34</sup>.

En tercer lugar, la creciente convicción social de que los representantes políticos disfrutaban de un estatuto privilegiado comparado con el resto de los ciudadanos se ha resumido en una expresión muy gráfica y que se ha popularizado tanto en Italia como en España: «la casta», donde se conjuga, aunque en términos populares y no académicos, la ya mencionada visión crítica del funcionamiento jerarquizado de los partidos, bien explicado por Michels, con la idea de una clase política que detenta el poder, en la línea descrita por Gaetano Mosca<sup>35</sup>, y que, por emplear la conocida distinción de Max Weber<sup>36</sup>), no se preocupa de vivir para la política sino, esencialmente, de vivir de ella.

Al respecto, y por mencionar algunos ejemplos relevantes, hay que recordar las siempre abiertas puertas giratorias entre los distintos cargos públicos (en España se puede pasar de una cartera ministerial o de un escaño parlamentario a un puesto en el Tribunal Constitucional o en el Tribunal de Cuentas); las idas y vueltas de representantes políticos a las empresas privadas y los casos de evidentes conflictos de intereses; el elevado número de cargos de confianza y su incontrolada designación; una configuración de las prerrogativas parlamentarias difícilmente justificable en una sociedad democrática avanzada<sup>37</sup>...

34 M. CALISE, *Il partito personale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 14; en el mismo sentido C. PINELLI «Crisis de la representación y nuevas vías de participación política», en el libro del mismo título de C. PINELLI-M. PRESNO, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 23.

35 G. MOSCA, *La clase política*, Fondo de Cultura Económico, 2004; véase también el estudio de G. PASQUINO, *La classe politica*, Il Mulino, 1999.

36 M. WEBER, *El político y el científico*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

37 Nos parece excesivo que los parlamentarios únicamente puedan ser detenidos en caso de

#### IV. ¿RINDE CUENTAS DE SU GESTIÓN EL GOBIERNO ANTE EL PUEBLO Y EL PARLAMENTO?

Está generalmente admitido que para hacer viable la dirección política del Estado es imprescindible una íntima conexión entre el Gobierno y la mayoría parlamentaria que lo apoya. También que la tarea de controlar la acción del Gobierno y, por extensión, de la mayoría parlamentaria, debe corresponder a las formaciones minoritarias presentes en las Cámaras y a la propia ciudadanía siempre que esté en condiciones de conocer qué decisiones se toman y cuáles son los argumentos que las justifican. Esta exigencia se ha visto muy matizada por el creciente protagonismo del Gobierno en la que, en teoría, era la función propia y esencial del Parlamento: la legislativa. Y esa preeminencia gubernamental se constata tanto en los sistemas presidenciales como en los parlamentarios<sup>38</sup>.

Es más, como señala Maurice J. C. Vile, los cambios durante el procedimiento legislativo tienden a ser marginales y, en ocasiones, las modificaciones se deben al interés del Gobierno en enmendar su propio texto al advertir algún error o como resultado de un cambio de criterio gubernamental<sup>39</sup>. Esta facultad del gabinete de alcanzar sus objetivos legislativos —en ocasiones frente a una considerable oposición fuera del Parlamento— ha sido descrita de manera elocuente como «elective dictatorship»<sup>40</sup>.

Si eso ocurre en el plano de la aprobación de leyes, cabe anticipar que también se ha llegado a una situación en la que la mayoría que respalda al Gobierno puede, sin mayores esfuerzos, obstaculizar la función de control, de manera que no sólo el

flagrante delito, sin atención alguna a la gravedad que pudiera revestir ese delito o a la posible relación que tuviera el acto de la detención con el ejercicio de las funciones representativas, cosa que sí es tenida en cuenta en otros textos constitucionales; por lo que respecta a la necesidad de que las Cámaras concedan el suplicatorio para que diputados y senadores puedan ser inculcados o procesados, tal exigencia no existe en Alemania, Francia, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo o Suecia. Tampoco parece justificable la amplia configuración del fuero jurisdiccional de los parlamentarios, que en España se ha extendido a los diputados autonómicos

38 Nos ocupamos de esta cuestión en «Pluralismo de partidos, no separación de poderes», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 5/2009, *La división de poderes*, p. 241 y ss.; puede leerse la versión electrónica en <http://www.unioviado.es/constitucional/fundamentos/quinto/index.html> (consultada el 20 de diciembre de 2017).

39 M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Found, Indianapolis, 1998, segunda edición, p. 394.

40 Famosa frase pronunciada por el Lord Chancellor HAILSHAM en un programa de la BBC en 1976.

Parlamento no es en sí un órgano de control, sino que tampoco es un lugar para el control<sup>41</sup>. Y es que la desaparición de algunos mecanismos de control sobre el Gobierno se inserta en la tendencia de la mayoría parlamentaria en la que se sostiene al gabinete a emplear esos instrumentos para respaldar la orientación política gubernamental, fiscalizando el control que a su vez pretenda realizar la oposición.

Centrándonos en los instrumentos característicos del «control ordinario» (interpelaciones, preguntas, constitución de comisiones de investigación,...), en la realidad parlamentaria contemporánea se podría hablar con más propiedad de «obstruccionismo de la mayoría» que de «obstruccionismo de la minoría», lo que, como es evidente, no beneficia la realización del objetivo que tendría que presidir esta función en los Estados democráticos modernos: la de permitir que se puedan contrastar públicamente y en condiciones de igualdad los diferentes proyectos de orientación política del Estado.

Las comisiones de investigación constituyen un ejemplo claro de la transformación del control parlamentario, al menos en ciertos ordenamientos, en un «instrumento de gobierno de la mayoría»<sup>42</sup>, o, como poco, de control por parte de ésta de la fiscalización que pueda realizar la minoría, puesto que su creación es acordada, en última instancia, por la mayoría parlamentaria.

Así sucede en España, tanto en el Congreso —«el Pleno del Congreso, a propuesta del Gobierno, de la Mesa, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de Investigación sobre cualquier asunto de interés público»— (artículo 52.1 RC), como en el Senado —«el Senado, a propuesta del Gobierno o de veinticinco Senadores que no pertenezcan al mismo Grupo Parlamentario, podrá establecer Comisiones de Investigación o Especiales para realizar encuestas o estudios sobre cualquier asunto de interés público»— (artículo 59.1 RS). En definitiva, la mayoría difícilmente permitirá que el funcionamiento de una comisión de investigación pueda suponer un peligro serio para su acción de gobierno.

La situación es bastante similar tanto en Francia como en Italia, pues también allí la creación de estas comisiones es decisión del Pleno de la Cámara respectiva. No ocurre, sin embargo, lo mismo en aquellos ordenamientos en los que es una po-

41 M. ARAGÓN REYES habla de control «por» el Parlamento y control «en el» Parlamento; véanse, entre otros, sus estudios «El control parlamentario», *Revista de derecho político*, núm. 23, p. 9 y ss., y *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, 1995.

42 Así, A. PACE: «L'inchiesta parlamentare como strumento di governo della maggioranza», *Il potere d'inchiesta delle Asemblee legislative*, Giuffrè, Milán, 1973, p. 103 y ss.

testad que puede ser ejercida también por la oposición, lo que sucede, por ejemplo, en Alemania –el artículo 44.1 de la Ley Fundamental obliga al Parlamento Federal a nombrar una comisión de investigación cuando lo solicite una cuarta parte de sus miembros–, y en Portugal –el artículo 181.4 del texto constitucional dispone que «las comisiones parlamentarias de investigación se constituirán obligatoriamente siempre que así se reclame por una quinta parte de los diputados en ejercicio efectivo de sus funciones...»–.

Pero no sólo la creación de las comisiones de investigación es, en España, una potestad de la mayoría, sino que, una vez creadas, es la propia mayoría la que controla su funcionamiento y sus eventuales acuerdos, porque la composición de las comisiones habrá de respetar la importancia numérica de los grupos en la Cámara (arts. 40.1 RC, 51.1 RS).

Por si el predominio de la mayoría en la creación y funcionamiento de las comisiones de investigación no fuera suficiente, según el Reglamento del Congreso (artículo 52.3) «en todo caso, las decisiones de las Comisiones de Investigación se adoptarán en función del criterio del voto ponderado». Y lo mismo ocurre con el Reglamento del Senado.

Finalmente, tampoco escapa al control que realiza la mayoría parlamentaria el mecanismo de control contemplado en el artículo 110.1 del texto constitucional, las peticiones de comparecencia de los miembros del Gobierno: «Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno». De acuerdo con lo que establece el artículo 203.1 del Reglamento del Congreso «los miembros del Gobierno, a petición propia, o por acuerdo de la Mesa de la Cámara y de la Junta de Portavoces, comparecerán ante el Pleno o cualquiera de las Comisiones para informar sobre un asunto determinado. La iniciativa para la adopción de tales acuerdos corresponderá a dos Grupos Parlamentarios o a la quinta parte de los miembros de la Cámara o de la Comisión, según los casos».

Es decir, la minoría únicamente puede solicitar la petición de comparecencia de cualquiera de los integrantes del Gobierno, pero la decisión última sobre si tal comparecencia se produce recae en dos órganos de la Cámara, la Mesa y la Junta de Portavoces, de clara impronta mayoritaria. Lo mismo sucede cuando se trata de realizar una sesión informativa ante una Comisión parlamentaria: dicha sesión se realizará a petición de un miembro del Gobierno o «cuando así lo solicite la Comisión correspondiente» (artículo 202.1 RC), lo que significa que la mayoría, que lo es también de la Comisión correspondiente, únicamente solicitará las sesiones informativas que puedan resultar beneficiosas para la acción del Gobierno. Todo ello priva a estos instrumentos de eficacia como mecanismos de control.

Por lo que respecta a la exigencia de rendición de cuentas ante la propia ciudadanía, es bien sabido que no existe en el ordenamiento español, ni tampoco en el derecho comparado de nuestro entorno, el que podría denominarse instrumento ciudadano de «control extraordinario»: la revocación del mandato de diputados, senadores o miembros del Gobierno. Esta ausencia es propia de países con un sistema parlamentario y con formas de elección de los representantes en las que no tiene tanta relevancia la personalidad de los candidatos como su integración en formaciones políticas, que son las que promueven las listas electorales. No obstante, existe la posibilidad de revocación de los parlamentarios en algunos estados alemanes. Sí se prevé la revocación en sistemas presidencialistas como el de Venezuela, Ecuador o Bolivia y en buen número de estados de los Estados Unidos<sup>43</sup>.

Otra forma de «control extraordinario» entendido en sentido amplio sería el referéndum *abrogativo* o derogatorio, contemplado en otros ordenamientos constitucionales<sup>44</sup> y –por eso merece una reflexión especial– también previsto en el Anteproyecto de Constitución española, aunque no se incorporó al texto vigente.

Así, el artículo 85 de ese Anteproyecto disponía que

«1. La aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de todos los ciudadanos.

2. En los dos primeros supuestos del número anterior el referéndum será convocado por el Rey, a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las Cámaras, o de tres asambleas de Territorios Autónomos. En el tercer supuesto, la iniciativa podrá proceder también de setecientos cincuenta mil electores.

3. El plazo previsto en el artículo anterior, para la sanción real, se contarán en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum.

43 Véase al respecto *Direct Democracy. The International IDEA Handbook*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, Estocolmo, p. 109 y ss. En general, sobre la democracia directa en Latinoamérica, A. LISSIDINI, Y. WELP y D. ZOVATTO (coords.), *Democracia directa en Latinoamérica*, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2008, Estocolmo; ambos disponibles en la página del IDEA (a 20 de diciembre de 2017): [http://www.idea.int/publications/direct\\_democracy/](http://www.idea.int/publications/direct_democracy/)

44 El más conocido en nuestro entorno es el artículo 75 de la Constitución italiana de 1947, que prevé: «se convocará referéndum popular para decidir la derogación total o parcial de una ley o de un acto con valor de ley, cuando lo requieran quinientos mil electores o cinco Consejos regionales... La propuesta sometida a referéndum será aprobada si en la votación ha participado la mayoría de los que tienen derecho a ello y se alcanza la mayoría de los votos válidamente expresados».

4. El resultado del referéndum se impone a todos los ciudadanos y a todos los órganos del Estado.

5. Una ley orgánica regulará las condiciones del referéndum legislativo y del constitucional, así como la iniciativa popular a que se refiere el presente artículo y la establecida en el artículo 80».

Este texto, que tenía en España el precedente del artículo 6 de la Constitución de 1931, resultó modificado parcialmente por la Ponencia constitucional y experimentó una completa transformación a su paso por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas en virtud de una enmienda «in voce» presentada por el diputado Solé Tura, pero apoyada por todos los Grupos Parlamentarios salvo el de Alianza Popular, de acuerdo con la cual «1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos. 2. El referéndum será convocado por el Rey con refrendo del presidente del Gobierno y previo debate del Congreso de los Diputados. 3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución». Esta es, en esencia, la redacción que acogerá el texto definitivo de la Norma Fundamental<sup>45</sup>. El resultado es que, como recuerda Arend Lijphart<sup>46</sup>, cuando los gobiernos controlan el referéndum, tenderán a utilizarlo solamente cuando esperen ganar.

Por compararnos con un país y un sistema constitucional similar, los ciudadanos españoles no pueden impulsar estas consultas populares, a diferencia de lo que ocurre en Italia, donde, primero, se concede al electorado, en un número de 500.000 personas, la posibilidad de iniciar una consulta *abrogativa* y, además, se permite a los promotores de un referéndum participar en la campaña de propaganda previa a la consulta popular (artículo 52 de la Ley 352/1970, de 25 de mayo)<sup>47</sup>.

45 Véanse los *Trabajos Parlamentarios de la Constitución española*, Cortes Generales, Madrid, 1980; en especial, pp. 21, 554, 1308 y ss., y 1818.

46 A. LIJPHART, *Democracies: Pattern of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1984, p. 204.

47 La Corte constitucional italiana ha declarado que los firmantes de una solicitud de referéndum *abrogativo* son asimilables a un poder del Estado y, por tanto, están legitimados para plantear un conflicto de competencia de los previstos en el artículo 134 de la Constitución (Ordenanza n.º 1 de 8-9 de enero de 1979). En la Sentencia n.º 69/1978, de 22/23 de mayo, la Corte constitucional declara admisible el conflicto de atribuciones entre poderes del Estado promovido por un grupo de electores en número no inferior a 500.000, firmantes de una solicitud de referéndum *abrogativo*.

El impulso de la ciudadanía ha permitido que en Italia se celebraran diecisiete convocatorias en las que se sometieron a consulta sesenta y siete cuestiones derogatorias, algunas sobre asuntos de tanta relevancia política, social y económica como el divorcio (1974), la financiación de partidos políticos y la protección del orden público (1978), el aborto, la cadena perpetua o las medidas antiterroristas (1981), varias cuestiones relativas a las centrales nucleares (1987), la privatización de la televisión pública, la publicidad televisiva y las elecciones municipales (1995), diversas cuestiones electorales (1999 y 2000), la investigación con embriones y la fecundación asistida (2005), las candidaturas electorales (2009) o las privatizaciones, la energía nuclear y los impedimentos procesales a favor de los miembros del Gobierno (2011). Si bien la participación ciudadana en estas consultas ha ido oscilando, en las celebradas en 2011 el índice fue del 57'4%, lo que supuso que acudieran a las urnas casi 27 millones de italianos<sup>48</sup>.

Y es que el referéndum derogatorio puede operar como un instrumento de control ciudadano de la labor legislativa que, como es bien conocido, normalmente es, a su vez, consecuencia del impulso gubernamental, con lo que su reconocimiento constitucional, ausente en la Norma Fundamental española, permitiría ejercer, máxime en contextos de mayorías absolutas, uno de los instrumentos de «contra-democracia»: el «poder de vigilancia», que hunde sus raíces, cuando menos, en la Revolución francesa y que, sin olvidar sus manifestaciones totalitarias bien descritas por Orwell y Foucault<sup>49</sup>, puede aportar no un control antidemocrático del poder sobre la sociedad sino una forma de vigilancia del poder por parte de la sociedad<sup>50</sup>. Una entidad poco sospechosa de animadversión a las instituciones como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya anticipó en 1963 que la vigilancia de los particulares interesados en la protección de sus derechos constituye un instrumento eficaz de control (asunto «Van Gend & Loos», de 5 de febrero de 1963). En suma, el referéndum derogatorio puede servir como una forma de democracia de contrapeso, como un contrapoder dirigido a mantener las exigencias de servicio al interés general por parte de las instituciones.

48 Pueden verse todas las consultas y la respectiva participación en la página del Ministerio del Interior <http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=12/06/2011> (consultada el 20 de diciembre de 2017).

49 Véanse sus obras *Sécurité, territoire, population*, Gallimard-Seuil, París, 2004 y *Naissance de la biopolitique*, Gallimard-Seuil, París, 2004.

50 P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Seuil, París, 2006, p. 35 y ss.

## V. ¿HAY IGUALDAD DE DERECHOS POLÍTICOS Y PARTICIPAN TODOS LOS CIUDADANOS EN LA VIDA PÚBLICA?

Jeremy Waldron sugiere que la defensa del derecho de participación tiene menos que ver con la expectativa mínima de impacto decisivo del voto de cada uno y más con evitar el insulto, el deshonor —en términos aristotélicos— o la denigración que se produce cuando las opiniones de uno son menos tenidas en cuenta que las de los demás en una cuestión que afecta tanto a unos como a otros<sup>51</sup>. Pues bien, aunque la consciencia de la escasa relevancia que puede tener no ya el propio voto sino, más en general, la acción política democrática, parece algo asentado en el contexto actual de globalización y grave crisis económica —lo que Dani Rodrik llama el «trilema político fundamental»<sup>52</sup>—, eso no justifica que se mantenga en nuestro sistema representativo la «denigración» de los extranjeros residentes y los menores de edad con capacidad de autodeterminación política.

### 1. La exclusión por motivos de nacionalidad

En una democracia, los integrantes del pueblo gobernado que tengan plena capacidad de autodeterminación política deben formar parte del pueblo gobernante<sup>53</sup>. Y puesto que los miembros del pueblo gobernado no son solo los nacionales, la comunidad política no puede seguir organizándose a partir de la reconducción del «demos» ciudadano al «ethnos» nacional, sino desde la concepción del «patriotismo constitucional», que, como es conocido, consiste en la creación de un sentimiento de pertenencia a una comunidad asentado sobre la adhesión a los valores democráticos y el respeto a los derechos reconocidos por la Constitución.

La nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen sus derechos democráticos de comunicación y participación. Este patriotismo «habermasiano» parte de la consideración de que el Estado nacional había fundado una estrecha conexión entre

51 J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 284.

52 D. RODRIK, *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Antonio Bosch, 2012.

53 Sobre estas cuestiones, B. ALÁEZ CORRAL *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, CEPC, Madrid, 2006; me ocupé de estos problemas en «Democracia ciudadana y ciudadanía democrática», *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, núm. 7, 2012, p. 245 y ss.; véanse los demás trabajos que aparecen en ese número de *Fundamentos*, coordinado por B. ALÁEZ <http://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/septimo/index.html> (disponible a 20 de diciembre de 2017).

«ethnos» y «demos», pero sostiene que conceptualmente la ciudadanía es independiente de la identidad nacional<sup>54</sup>.

Por otra parte, llama la atención que cuando se opta por vincular «ethnos» y «demos», el legislador español articula esa relación sobre una construcción falaz o, cuando menos, anacrónica del «ethnos». Es lo que sucede cuando al establecer las condiciones de acceso a la nacionalidad, imprescindible para el ejercicio pleno de la ciudadanía, el artículo 22 del Código Civil prevé que serán suficientes «dos años [de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición] cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes», o de un año para «el nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles». Como es sabido, además el interesado deberá justificar, «en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española»<sup>55</sup>.

Es llamativo que tengan la misma consideración los «nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes», pues no parece que se pueda seguir presumiendo que una persona filipina o ecuatoguineana está más próxima al «ethnos» español, si es que tal cosa existe, que otra natural de Marruecos o Francia. Es la evidencia de que todavía late ahí una visión «colonial» del «ethnos», aunque matizada por razones políticas, pues en otro caso no se entiende el trato preferente a los sefardíes y la no inclusión de los saharauis, a pesar de que estos últimos fueron hasta hace poco españoles<sup>56</sup>.

54 J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 622 y 623.

55 Véanse J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992; M. P. GARCÍA RUBIO, «Consolidación de la nacionalidad española», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, pp. 929 a 1009, y A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; en particular *La nacionalidad española: análisis de la normativa vigente*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, y *Nacionalidad española: normativa vigente e interpretación jurisprudencial*, Aranzadi, 2008.

56 De acuerdo con el fundamento quinto de la Sentencia 1026 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1998, «de lo que no cabe duda, con referencia a la "nacionalidad" de los saharauis, durante el plazo de la tutela de nuestro Estado sobre el territorio del Sahara Occidental, es que ésta fue la española (de "españoles indígenas", habla alguna disposición), pues resulta evidente, conforme a las reglas generales del Derecho de la nacionalidad, que "los naturales del territorio colonial carecen de una nacionalidad distinta de los del Estado colonizador, dado que no poseen una organización estatal propia"»; véase al respecto M. P. GARCÍA RUBIO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de

En todo caso, si se tiene en cuenta la conexión con el «ethnos» para favorecer la adquisición de la nacionalidad, también tendría que considerarse para favorecer la participación política a los residentes con ese pasado común o con similitudes culturales; es lo que sucede en Gran Bretaña con los nacionales de países de la «Commonwealth» y los irlandeses; en Irlanda y Australia con los británicos y en Portugal con los brasileños con «estatuto político especial».

En segundo lugar, y puesto que la adquisición de la nacionalidad lleva aparejada la plenitud de derechos de ciudadanía, el otorgamiento de la misma «por carta de naturaleza» exigiría una mayor concreción legal de las razones que la avalan y, desde luego, una revisión de su aplicación práctica, que, como se ha dicho<sup>57</sup>, está desembocando en la intrascendencia de los factores de arraigo territorial y cultural del sujeto con España; en la gravitación de la institución sobre el exclusivo interés del solicitante con olvido del interés nacional; en su concepción como exclusivo instrumento de «premio» abstracto a no se sabe muy bien qué méritos y en la innecesariedad de que el sujeto resida en España en el momento del otorgamiento.

Es preciso «democratizar» el acceso a la nacionalidad, pero esa no debe ser la única vía para que los residentes puedan ejercer con plenitud el derecho de sufragio. La definición del pueblo del Estado no con arreglo al criterio de la nacionalidad sino con el de la residencia favorecería la expresión de la igualdad jurídica y del pluralismo participativo consustanciales a un sistema democrático. La relación jurídica entre el Estado y los ciudadanos de la que surgen derechos y obligaciones recíprocos tendría el mismo contenido siempre que existiera el dato objetivo de la residencia. Residencia sin más en el caso de los nacionales y durante un tiempo mínimo en el de los no nacionales. Así, todos los individuos tendrían una posición unitaria, sus derechos no dependerían de la cualificación concreta que se otorgue a su personalidad<sup>58</sup> y desaparecería la diferencia, incompatible con la democracia, entre «ciuda-

1998. reconocimiento de la nacionalidad española a saharauí nacido en El Aaiún», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, p. 425 a 432.

57 T. HUALDE MANSO, «Concesión de nacionalidad por carta de naturaleza. Una institución y una práctica discutibles», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 9/2012.

58 Como dice el Tribunal Supremo de Canadá (*Sauvé c. Canada –Chief Electoral Officer –*), en su sentencia de 31 de octubre de 2002, «los derechos garantizados por la *Carta* no son una cuestión de privilegio o de mérito, sino de pertenencia a la sociedad canadiense que no puede ser obviada a la ligera, lo que es particularmente cierto en el derecho de voto, piedra angular de la democracia...»; puede leerse en <http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2002/2002csc68/2002csc68.html> en francés y <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> en inglés (disponible a 20 de diciembre de 2017).

danos activos» y «ciudadanos pasivos», entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión.

En suma, los «derechos de gobierno» deberían ampliarse cuanto mayor fuera la pertenencia/permanencia (caso de los nacionales que residen en el propio territorio y de los extranjeros que residen de manera indefinida) y reducirse cuanto menor sea dicha pertenencia/permanencia (los nacionales que pasan a residir de manera prolongada en otro país y los extranjeros que dejan de ser residentes)<sup>59</sup>. En esta línea, la Constitución chilena proclama (art. 14) que «los extranjeros avecindados en Chile por más de cinco años, y que cumplan con los requisitos señalados en el inciso primero del artículo 13, podrán ejercer el derecho de sufragio en los casos y formas que determine la ley»; en el mismo sentido, la Constitución de Ecuador dispone: «Las personas extranjeras residentes tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años» (art. 63.2).

Ese plazo de cinco años de residencia legal es un término razonable para que cualquier no nacional pueda participar con plenitud de derechos democráticos en la vida política del Estado en el que reside. Ese es también el plazo que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fija para la obtención de la llamada «residencia de larga duración».

## 2. La exclusión por motivos de edad

La exigencia de una edad mínima para la participación política tiene una relación directa con la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y pronunciarse sobre ellas. Y es que, como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al fijar una edad mínima para

59 Se puede recordar que ya en 1904 el Tribunal Supremo de Estados Unidos concluyó que los Estados podían conceder el derecho de sufragio a los que eran sólo «ciudadanos del Estado», aunque no fueran ciudadanos de Estados Unidos – *Pope v. Williams* 193 U.S. 621, 632 (1904) – <http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>; si bien ya no es así, numerosos Estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 (1943): «The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers,...is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship...»; véase en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>. (consultadas el 20 de diciembre de 2017). Sobre este proceso, véanse los estudios de A. KEYSSAR, *The contested history of democracy in the United States*, Basic Books, Nueva York, 2000, y R. HAYDUK, *Democracy for All. Restoring Immigrants Voting Rights in the United States*, Routledge, Nueva York, 2006.

participar en política se pretende que las personas que participen en el proceso electoral sean suficientemente maduras<sup>60</sup>.

Con la fijación constitucional de una mayoría de edad general se establece la presunción de que por encima de esa edad todos tienen plena capacidad intelectual, lo que impide al legislador imponer un sufragio capacitario. Pero por debajo de esa edad no se debe deducir una regla normativa restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales. Es obvio, como ya se ha dicho, que para el ejercicio de los derechos se requiere una determinada capacidad, pero ha de ser el legislador, en este caso el electoral, el que justifique de manera adecuada la conformidad constitucional de estas delimitaciones<sup>61</sup>, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación.

Por estos motivos, parece constitucionalmente posible y democráticamente conveniente reflexionar sobre una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral por debajo de los dieciocho años, como ya ocurre en algunos ordenamientos —en Austria, Argentina y Brasil se puede votar desde los dieciséis años— y como sucede en general con la capacidad para el ejercicio de otros derechos de impronta similar, como los de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de expresión o la elección de los representantes sindicales. No debe olvidarse que la reducción de la edad para la emisión del voto ha sido una constante a lo largo de la historia (de veinticinco a veintitrés años, de veintitrés a veintiuno, de veintiuno a dieciocho)<sup>62</sup> y sirve para fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde el punto de vista del individuo, como desde la perspectiva de la sociedad política en la que dicho individuo está integrado y a cuya existencia contribuye.

La propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa instó, el 23 de junio de 2011, a todos los Estados a «estudiar la posibilidad de rebajar la edad para votar a los dieciséis años en todos los países y en todo tipo de elecciones» puesto que cuanto mayor sea la cantidad de personas que participan en las elecciones, más representativos serán los elegidos; las personas con dieciséis o diecisiete años de edad ya tienen responsabilidades dentro de la sociedad pero no tiene derecho a voto; una mejor

60 Asunto *Hirst c. Reino Unido* (no 2), de 6 de octubre de 2005, disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/> (consultada el 20 de diciembre de 2017).

61 B. ALÁEZ CORRAL: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 121 y ss.

62 En España, hasta 1931 la edad requerida era veinticinco años; en 1931 se rebajó a veintitres y en 1977 a dieciocho años; me ocupó de ello en *Leyes y normas electorales en la historia constitucional española*, Iustel, Madrid, 2013.

participación ayudará a los jóvenes a definir su lugar y su papel en la sociedad; la rebaja de la edad electoral fomentaría una mayor participación de los que votan por primera vez y, por tanto, una mayor participación en general<sup>63</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

De lo dicho en las páginas anteriores se puede concluir que, teniendo en cuenta los cinco indicadores que hemos elegido —el funcionamiento del régimen electoral español, el papel del sistema de partidos, la rendición de cuentas del Gobierno ante el Parlamento y la sociedad, la igualdad de derechos políticos y las posibilidades de participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos— resulta que la democracia española «necesita mejorar» para alcanzar una calidad superior a la que presenta en la actualidad: debe reformar su sistema electoral para que exprese el pluralismo político realmente existente en la sociedad y para que el peso de los ciudadanos en la toma de las decisiones relevantes sea, esencialmente, el mismo, al margen del lugar en el que vivan y de la opción política por la que se decanten en los procesos electorales de ámbito estatal; en segundo lugar, debe articularse un sistema de partidos en el que las formaciones políticas funcionen de manera democrática y consigan arraigo social; en tercer término, habría que llevar a cabo una profunda reforma institucional para mitigar el excesivo poder que ha ido alcanzando el Poder Ejecutivo, cada vez más «irresponsable» y refractario al control social y parlamentario; finalmente, en una sociedad democrática, la mayoría del pueblo gobernado ha de poder actuar como pueblo gobernante, por lo que es preciso incluir políticamente a los extranjeros con residencia legal y continuada en España y también a los mayores de dieciséis años.

Con todo ello, no habremos llegado al óptimo de democracia —algo probablemente inalcanzable— pero habremos mejorado de manera sensible la calidad de la que hoy tenemos en lo que respecta a los indicadores que aquí nos han ocupado. No hay que olvidar, por supuesto, que el margen de mejora también es, a nuestro juicio, amplio en criterios muy relevantes y que aquí no hemos tratado, como el nivel de sometimiento de los poderes públicos al principio de legalidad, la garantía de los derechos sociales y económicos o el grado de corrupción existente entre los empleados y los cargos públicos. Ahí también queda mucho por hacer.

63 <http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=18015&Language=EN> (consultada el 20 de diciembre de 2017).

**Resumen**

*En este texto se reflexiona sobre la calidad de la democracia española y con este propósito analizamos cinco cuestiones de las que integran el proyecto «Democratic Audit»: si el sistema electoral contribuye a la expresión del pluralismo político y a la igualdad de los votantes, si el sistema de partidos políticos sirve al buen funcionamiento de la democracia española, si el Gobierno rinde cuentas de su gestión ante el pueblo y el Parlamento, si los derechos políticos están garantizados a todas las personas y, finalmente, si participan todos los ciudadanos en la vida política.*

**Palabras Claves**

*Calidad de la democracia, sistema electoral, sistema de partidos, gobierno responsable, derechos políticos, participación ciudadana.*

**Abstract**

*In this text we reflect on the quality of Spanish democracy and for this purpose we analyze five questions that make up the Democratic Audit project: Does the electoral system contribute to the expression of political pluralism and to the equality of voters either? Does the party system assist to the democracy's good working? Is Government effective in serving the public and responsive to its concerns? Are political rights equally guaranteed for all? And finally, is there are full citizen participation in public life?*

**Key Words**

*Quality of democracy, electoral system, party system, responsive Government, political rights, citizen participation.*

Recibido: 8 de diciembre de 2017  
Aceptado: 16 de diciembre de 2017

# Noticias de libros

---



**«DIE "KULTUR DES FRIEDENS" –THEMA DER  
UNIVERSALEN VERFASSUNGSLEHRE. ODER: DAS  
PRINZIP FRIEDEN», PETER HÄBERLE, DUNCKER  
HUMBLOT, BERLÍN, 2017, 196 PÁGINAS**

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ

*Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Granada*

**SUMARIO:**

- I. Sobre el método y el tema.
- II. Los contenidos del libro.

**I. SOBRE EL MÉTODO Y EL TEMA**

El constitucionalista afronta la lectura del texto constitucional básicamente de dos formas. Como un texto normativo, útil para resolver controversias entre partes, tarea que nos obliga a afanarnos en descubrir los límites de las palabras (lo que nunca se ha querido decir), pero también en imaginar su sentido posible, sobre todo cuando ha pasado un trecho desde la aprobación de la Constitución y la mirada originalista se resiente y arriesga a ser estéril para las generaciones vivas. Luego está la lectura política: la Constitución no es solo un texto para juristas, es antes que nada un pacto social cuyos términos trabajan con la memoria, tasan el presente y, por encima de todo, evocan un horizonte colectivo. Estos dos tipos de lecturas a menudo se entrecruzan en el devenir cotidiano de una Constitución e inevitablemente despliegan efectos recíprocos, de suerte que cuando la lectura política se agota, seguramente la normatividad se debilita y, viceversa, una norma suprema que encuentra oposición a su aplicación es porque está perdiendo su legitimidad.

Peter Häberle conoce bien estos dos modos de trabajar con el texto constitucional. Pero desde hace ya décadas propone un método adicional en el que se acrisolan dos de sus propuestas metodológicas más atrevidas, que hoy, y ahí está su mérito, nos suenan como lugares comunes: la comparación jurídica como quinto método inter-

pretativo; y los paradigmas textuales. El proceder es de sobra conocido, pero conviene recuperar sus elementos esenciales. En primer lugar, parte de una mirada amplia, que va más allá de un texto constitucional, estirándose geográfica y temporalmente. En esas lecturas distingue un concepto, que es su verdadero objeto de estudio. Y de nuevo vuelve a los textos para que le hablen, distinguiendo los modos normativos en los que opera la categoría seleccionada. Esa revisión textual produce de manera inmediata dos resultados. De un lado permite descubrir en qué manera un concepto ha ido enriqueciendo o transformando sus contenidos y con ellos su significado (el principio de la evolución textual de los paradigmas). De otro, cobra un arsenal de significados con el que descorchar las posibilidades normativas de un concepto en una determinada Constitución (el principio del quinto criterio de interpretación).

Este libro es un ejemplo excelente del citado método. En la primera parte el autor viaja por toda una variedad de textos constitucionales, en la segunda y parcialmente en la tercera, extrae las consecuencias jurídicas de teoría general. Pero el ensayo es llamativo sobre todo por el tema escogido: «la cultura de la paz». En este punto es comprensible algún gesto condescendiente, ante un propósito naif. El autor lo sabe y en su introducción advierte que hace falta mucho coraje y algo de optimismo para afrontar el tema, pues es obvio que no corren buenos tiempos. Pero la historia intelectual de Peter Häberle no es la de alguien que se arredre y no está de más subrayar que muchas de sus irrupciones académicas causaron estupor, para devenir más tarde en asuntos clásicos.

En cualquier caso, no hace falta demasiado esfuerzo para distinguir la importancia del tema. La paz es el fin primordial del Estado; desde los orígenes del constitucionalismo el Estado es la alternativa a la guerra civil. Por ello este libro sirve en parte para revitalizar dos reflexiones imprescindibles que vienen asediando al Estado contemporáneo. En primer lugar, el coste de la paz. La amenaza terrorista global ha despertado discusiones que habían quedado adormecidas desde el 45: los estados de excepción, la garantía estatal de la libertad, la reducción colectiva de espacios de libertad, la respuesta ante el riesgo, la limitación de la libertad de expresión, etc. En segundo lugar, si conscientemente se diluye y minusvalora el papel del Estado, cabe preguntarse qué institución cumplirá la función de asegurar la paz, quién llenará ese vacío.

## II. LOS CONTENIDOS DEL LIBRO

Las primeras ciento sesenta y seis páginas del libro son un despliegue apabullante de trabajo sistemático sobre textos constitucionales. El modo de proceder es ex-

quisito. En el primer capítulo se centra en los textos de derecho internacional, antes y después de 1945, a la vez que distingue entre los textos europeos (en sentido amplio y concreto, la Unión), los latinoamericanos y los africanos. El segundo capítulo se dedica a las Constituciones nacionales. De nuevo hace una división temporal en 1945. Y luego ordena sus indagaciones por continentes. En este caso algunas páginas deparan sorpresas; me refiero a las que dedica en un *excursus* cargado de ironía a las Constituciones del socialismo real, China, Corea del Norte y Cuba.

El tercer capítulo de la primera parte es ya una ordenación teórica del extenso mosaico que ha compuesto. ¿Cómo se declina la paz en los textos constitucionales? Es fácil imaginar que nos la encontraremos en muchos preámbulos, como principio o valor fundamental o en los himnos o banderas. Pero también nos descubre que aparece limitando los derechos fundamentales, en la distribución de competencias. Más aún: las páginas finales de este capítulo nos advierten de que existe un concepto positivo y otro negativo de paz; el autor opta por dar toda la relevancia al primero, al considerar que el segundo es de difícil definición, entendible como «ausencia de violencia», si bien admite que esta categoría negativa nos aparecerá en la definición de algunos derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, la tercera parte es esencial. Conviene leerla, sin embargo, antes como un índice temático que como un texto acabado. Nos interroga, nos invita a continuar los hilos que ofrece. Son, en verdad, páginas pensadas para los investigadores. En este sentido, quiero destacar el segundo epígrafe en el que identifica los problemas que ofrece la paz como fin de la acción estatal. El punto de partida es claro y ya se ha reseñado: la paz es el objetivo prioritario del Estado. Pero Häberle con razón introduce elementos que superan esta aproximación. ¿Cuál es su relación con los valores fundamentales? Y, en especial, ¿cuál es su relación con el valor justicia? Con estos interrogantes denota la dualidad de los valores fundamentales, que se presentan como fin constitucional, pero también como precondiciones para la existencia del Estado (p. 170 y ss.)

Obviamente aquí se abre una línea de fuga en la racionalización del poder, que Häberle intenta salvar, parafraseando a su maestro Hesse, con la reivindicación de una «*Wille zur Frieden*» (una voluntad de paz, p. 180) que daría a la paz una función de reserva, alimentando permanentemente al conjunto del texto. Son estas quizá las afirmaciones más etéreas del texto y abren un campo de reflexión sobre el que el derecho constitucional todavía no ha penetrado con todo el ímpetu necesario para indagar sobre las precondiciones sociológicas y su relación recíproca con el derecho. En este orden de cosas, un ámbito en el que la investigación sí avanzó mucho, sobre todo tras la Segunda Guerra, es el de la importancia de la opinión pública. Häberle

vuelve sobre él, recordando los hitos logrados y el papel que se puede juzgar en la cultura de la paz. Pero me parece que todos los avances de las primeras épocas son hoy insuficientes. El proceso comunicativo ha experimentado transformaciones capitales, mientras que nuestros ordenamientos siguen en gran medida estancados en una comprensión clásica del fenómeno o en una visión puramente económica de las nuevas formas de comunicar.

Dentro del acercamiento teórico hay un último aspecto que me gustaría destacar, tratado en el epígrafe relativo a la paz como ejercicio de los derechos fundamentales y el monopolio estatal de la fuerza. Resulta especialmente interesante la conexión que Peter Häberle traza sobre estos dos elementos, punto de encuentro entre el espacio de libertad y la necesaria garantía del interés general por parte del Estado, incluso mediante medios coactivos. Ocurre, sin embargo, que, tanto en España como en Alemania, estamos presenciando un avance de la fuerza coactiva frente al derecho de manifestación o de la libertad de expresión. Sin duda, el riesgo y/o el peligro se han convertido en la nueva técnica habilitante y, por tanto, en el gozne que determina nuestro espacio de paz.

Como ya se ha dicho, estamos, en definitiva, ante un ensayo que lanza más preguntas que respuestas. Y es que, en definitiva, es un libro que responde a los patrones típicos de Peter Häberle: pasión por la teoría como camino para mejorar la praxis. Pero una teoría que busca temas novedosos y comprende que la investigación es un camino colectivo que uno impulsa para que sea seguido por otros. Este ensayo renueva el interés por la paz como fin del Estado constitucional y delinea el camino a seguir. Una vez más, Häberle irrumpe en la oscuridad del silencio.

**«FREE SPEECH BEYOND WORDS. THE  
SURPRISING REACH OF THE FIRST  
AMENDMENT», M. V. TUSHNET, A. K. CHEN Y J.  
BLOCHER, NEW YORK UNIVERSITY PRESS, 2017,  
260 PÁGS.**

SOFÍA ROYO ANDREU  
*Máster en Derecho Constitucional Europeo*

**SUMARIO:**

- I. Libertad de «expresión artística» y la primera Enmienda.
- II. ¿Es posible adaptar la teoría general de la libertad de expresión al «arte»?
- III. Arte y Constitución: consideraciones finales.

**I. LIBERTAD DE «EXPRESIÓN ARTÍSTICA» Y LA PRIMERA ENMIENDA**

El estudio del arte desde la perspectiva constitucional ha estado siempre dominado por la voluntad de dotarlo de cobertura constitucional. De sobra conocido es que esa vocación se ha traducido mayormente en su acomodación a la configuración doctrinal general del derecho a la libertad de expresión. Muestra de ello es la unanimidad del Tribunal Supremo Norteamericano al afirmar que la pintura de Jackson Pollock, la música de Arnold Schoenberg y el poema *Jabberworky* de Lewis Carrol, gozan incuestionablemente de la protección de la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana<sup>1</sup>.

Ahora, de todas las expresiones probablemente sea la artística la que mayores desafíos plantea en dicha acomodación. A nadie escapa que la regulación de la expresión en general, de su libertad, se ha construido en base al objeto o contenido de la «expresión»; sabemos también que, en su defecto, se asienta en la intención comunicativa (el *Spence test* es la pauta que la doctrina norteamericana utiliza para

<sup>1</sup> *Hurley v. Irish-Am Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, TS de EEUU de 1995 (515 U.S. 557).

convertir conductas a «expresión»). La dogmática constitucional no ha sido menos; no en vano la producción científica es abundante tratando de forma monográfica los límites al derecho que ampara su ejercicio (pensemos, por ejemplo, en la cuantiosa literatura sobre el discurso del odio). De este modo, si seguimos las teorías clásicas de la libertad de expresión (el mercado de ideas, el autogobierno o la autonomía individual); lo que ésta debe proteger es toda manifestación artística que contenga un mensaje racional, político o, cuando menos, perceptible. En esas condiciones, no se discute que el arte cumple con las funciones de la «expresión» en el sentido constitucional del término: contribuye a la búsqueda de la verdad, fomenta el debate público de ideas o la autorrealización personal.

Entonces, si no transmite un mensaje determinado, ¿por qué el arte abstracto, la música instrumental o la literatura de lo absurdo, pueden ser tratados como «expresión» de igual manera? Eso de que el arte, en cualquiera de las infinitas e impredecibles formas que reviste, esté protegido por el derecho a la expresión libre puede parecer una conclusión intuitivamente obvia, pero en verdad, su justificación técnico-jurídica entraña algunas dificultades. Éstas son probablemente inherentes al propio carácter del arte, a lo difícil de su definición; y quizá incluso expliquen la evasión del jurista en esta tarea que es justificar la protección constitucional de lo artístico.

Sea como fuere, la escasez generalizada de bibliografía específica, agudizada en nuestro entorno, nos obliga a acudir a literatura extranjera. Es allí donde encontramos *Free speech beyond words. The surprising reach of the First Amendment*, la última obra de M. V. Tushnet, profesor de Derecho en la Universidad de Harvard; A. K. Chen, profesor de Derecho en la Universidad de Denver; y J. Blocher, profesor de Derecho en la Universidad de Duke.

En todo el libro está presente una exquisita sensibilidad por el lenguaje artístico, asimismo, la voluntad de combinar las necesidades concretas de la expresión artística y la teoría general de la libertad de expresión. Pero ¿es eso posible o necesitamos una teoría específica para la libertad «artística»? Ésta es la premisa clave que explica la formulación del problema central de la obra, que late en el conjunto del texto y que ayuda a comprender la respuesta por la que apuestan los autores.

## II. ¿ES POSIBLE ADAPTAR LA TEORÍA GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL «ARTE»?

Los profesores Tushnet, Chen y Blocher exponen con envidiable sencillez los principios en los que se asienta la teoría constitucional de la libertad de expresión y

los contrastan con cada uno de sus respectivos objetos de estudio. El tempo liviano y la claridad expositiva nos sitúan en el núcleo del problema seleccionado: ese primer impulso que conduce a afirmar la protección constitucional del arte bajo la libertad de expresión tal vez sea relativamente sencillo de justificar si nos referimos al trabajo artístico en general; desde luego no lo es tanto de centrarnos en ejemplos de corrientes, manifestaciones o creaciones concretas que de forma frecuente y abundante nos aporta la realidad.

Es evidente que en el primer capítulo (*Instrumental Music and the First Amendment*) el profesor Chen reivindica la pulcritud de la dogmática en su búsqueda de soluciones. La lectura de éste muestra que, de mantener la protección constitucional de la música instrumental en base a la búsqueda de la verdad, la piedra de toque de esta posición radica en el propio concepto racional de «verdad». Por otra parte, de hacerlo en base a la concepción perfectible de la democracia, es imprescindible un elemento valorativo en el acto comunicativo. Así las cosas, quedan dos alternativas: bien apostar por la teoría de la autonomía individual, bien tratar de buscar la fórmula de categorizar la música instrumental como «expresión». El profesor Chen se inserta en la última tendencia al concebirla como un acto de «expresión cultural»<sup>2</sup>, aunque parece que lo hace por desconfianza del primero, del que concluye que es un criterio de justificación ilimitado: «autonomy is a justification not only for expressive freedom but also for myriad other types of individual liberty that are clearly not constitutionally protected» (p. 39).

El esfuerzo del autor para sostenerla en calidad de «expresión» y encuadrarla en el marco de la libertad que la ampara es notable y, esto es de lo más innovador al aproximarse a otras disciplinas que poco tienen que ver con el derecho (a la musicología, a la teoría del lenguaje musical o a la psicología). Pero, hubiera merecido la pena que Chen, además de buscar la convergencia con el régimen general de la libertad de expresión, ahondara en la cuestión de los límites al derecho que estudia; es aquí donde su propuesta queda, en mi opinión, incompleta. ¿Siguen siendo válidos los límites al ejercicio de expresión libre cuando éste se realiza a través de la música

2 La concepción del arte como acto de expresión cultural no es completamente nueva, ni como idea ni como teoría. El idealismo alemán ya concibe el arte de esta forma, aunque ya se sabe que tal concepción tenía un sentido étnico-racial. En el Derecho constitucional de corte pluralista tiene un sentido cultural. En la doctrina europea, es el profesor Häberle el que edifica su teoría de la Constitución en base a la cultura; dentro de ésta el arte «conlleva una buena parte de corresponsabilidad en los procesos culturales que configuran el Estado constitucional» (p. 57), las libertades culturales, como es la libertad artística, ostentan cierto «contenido cultural de cuño antropológico» (p. 83); en HÄBERLE P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, trad. E. Mikunda, Tecnos, Madrid, 2000.

instrumental? A fin de cuentas, establecer límites es la técnica tradicionalmente empleada para esbozar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Más aún, desde el punto de vista dogmático los derechos no pueden sino ser limitados, algo de lo que entiendo no se escapa el ejercicio de manifestación cultural a través de la música instrumental.

Precisamente, las dudas que provoca la aplicación de la teoría general de la libertad de expresión a este tipo de música se vuelven inquietud cuando se lee el siguiente capítulo, el que el profesor Tushnet dedica al arte abstracto: «This is a logical fallacy: that the First Amendment covers some things that communicate does not imply that it covers all things that do so. [...] Speech covered by the First Amendment communicates something. Yet what art communicates is often quite unclear» (pp. 98 y 99).

Una selección refinada de casos ilustra como la teoría constitucional de la libertad de expresión se desploman ante esta tipología de arte. Para el autor, que se decanta por una concepción claramente política de dicha libertad, en el paradigma artístico falla el tópico clásico en el que aquella se asienta<sup>3</sup>. Pues, al preguntarse si el arte que analiza fomenta la opinión pública, es decir, si cumple con la dimensión institucional que sustenta la teoría tradicional de este derecho, se encuentra con que la respuesta es, a la par que el contenido, siempre que exista, de la pintura de Pollock, incierta. Por otra parte, tampoco parece fácil sostener un tratamiento diferencial respecto a otras actividades no artísticas, pero con intención comunicativa (el autor se detiene esencialmente en la expresión comercial). Finalmente, una aproximación nominalista resulta, para él, de igual modo problemática (el uso del lenguaje convencional no es estrictamente necesario para gozar de la protección de la libertad de expresión).

Así las cosas, Tushnet se desmarca de la posición del profesor Chen respecto a la música instrumental descrita en las páginas 65 y ss., corta por la tangente del pragmatismo al establecer que: «A "reasonable" imputation of meaning to otherwise meaningless words –or symbols?– is sufficient to trigger First Amendment coverage» (p. 92). No nos debe extrañar que tras esta afirmación el profesor Tushnet recurra al *balancing test*, pues su propuesta es, en resumidas cuentas, lidiar controversia a controversia: «Some performance artworks would not be covered, and some would be; some that are covered would be protected, and others would not be, depending on the exact contours of the problem presented» (p. 97). Sin embargo, la interpretación

3 Tesis que está implícita en las sentencias del Tribunal Constitucional español, (estoy pensando en el asunto Villa Valeria, donde mantiene que «la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión»; STC 51/2008, de 14 de abril de 2008, FJ5).

es el descubrimiento de algo distinto a lo que es en esencia la obra de arte (¿es posible encontrar sentido unívoco-objetivo a una pieza artística y que éste tenga efectos jurídicos inmediatos?). No olvidemos además que la definición casuística implica, por una parte, que los fundamentos teórico-jurídicos persistan fragmentarios y dispersos; por otra, falta de previsibilidad de los actos administrativos, en este caso en lo que afecta al arte. Lo que trato de decir es, en definitiva, que esta solución no termina con el dogmatismo teórico, tampoco con el autoritarismo práctico, que podrían convertirse en la negación de lo artístico.

El lector se percató rápidamente de que en el tercer capítulo (*Nonsense and the Freedom of Speech. What Meaning means for the First Amendment*) el profesor Blocher invierte la estrategia, no desiste en hallar la relevancia constitucional de su objeto de estudio; o, dicho de otra forma, procura encajar con armonía las piezas del rompecabezas: «If the marketplace model requires judges to be agnostic as to truthfulness, it seems that they should be agnostic as to meaningfulness» (p. 125), «rather than trying to impute meaning to such expression, we could instead ask whether nonsense for nonsense's sake –like art for art's sake– serves important First Amendment values. Among those values, autonomy is the most natural candidate» (p. 129), «Perhaps, like art, nonsense can help cultivate the kind of citizen on whom a well-functioning democracy depends» (pp. 130 y 131). Es indiscutible; el autor cree que el sinsentido, la literatura de lo absurdo, guardan relación con los valores tradicionalmente asociados a la Primera Enmienda.

No obstante, las dudas persisten en las páginas, en mi opinión las más reveladoras del libro, destinadas a comprender la construcción del «sentido» de la expresión y su trascendencia desde el punto de vista constitucional: «That is, if meaning is relevant for First Amendment purposes, it must be found in the way language is used, not in what it represents» (pp. 133 y 134). Blocher discurre en este punto sobre las consecuencias de analizar los efectos de esta disposición constitucional desde una aproximación *representational-meaning* o *use-meaning*. Y concluye que la primera, al concentrarse esencialmente en el texto o la conducta literal, no incorpora elementos que inciden en la construcción de la expresión, lo que significa que todo aquello relativo a la connotación queda desprovisto de cobertura constitucional. Por tanto, el recurso a lo cognitivo es de nuevo el elemento predominante de la tesis ya que incluir el último dentro de la protección de la libertad de expresión es lo que permite dar respuesta al estatus constitucional del arte, especialmente del arte no representativo. No obstante, de nuevo aquí queda irresuelta la cuestión de los límites y, en este punto, la preocupación aumenta al emplearse lenguaje convencional; ¿puede una expresión por hilarante o surrealista que sea incorporar un insulto? Tras la lectura de este ensayo diría que sí. Ahora, a la vista

está que ello no está exento de polémica. Lo que me conduce a remarcar, otra vez, la necesidad de valorar en qué medida la subjetividad puede impregnar el significado de una expresión (sospechas que ya han sido señaladas con motivo de la tesis del profesor Tushnet).

Con todo, claros y sombras. La racionalidad interpretativa, empleada de distintas formas, conduce a los autores a diferir en sus conclusiones. Por un lado, Chen y Blocher encuentran sustento para la afirmación del Tribunal Supremo; mientras que, por otro, Tushnet se mantiene escéptico ante la posibilidad de dotar de la cobertura constitucional derivada de la Primera Enmienda a todo arte no figurativo.

Comparto con ellos el diagnóstico que subraya la insuficiencia de las teorías y categorías clásicas de la libertad de expresión para el arte; pero, no tengo claro que sea posible adaptarlas a las necesidades específicas de esta realidad o a la inversa. En mi opinión, la condición artística invita ya, como mínimo, a un tratamiento singular de la «expresión». Pero, la insatisfacción la genera principalmente al tomar prestadas categorías propias de otras instituciones jurídicas y aplicarlas al arte. Y eso no tanto por la dificultad de atribuir significado al arte, a la literatura o a la música contemporáneos; tampoco porque quede pendiente la tarea de comprobar los límites al ejercicio de este derecho; sino porque el arte, al menos en la era moderna, ya no aspira necesariamente a ser nada más que eso: arte<sup>4</sup>. Me pregunto si toda obra artística ha de ser considerada por el derecho solo como un fenómeno intrínsecamente comunicativo. Quizá no. Recordemos que la expresión libre es un derecho que quintaesenciado puede consistir simplemente abstenerse. Además, el artista también se relaciona con la materia y, desde sus planteamientos exclusivamente formales y estéticos, ha sido perseguido al percibirse como una amenaza para distintos modelos políticos antiéticos entre sí<sup>5</sup>.

### III. ARTE Y CONSTITUCIÓN: CONSIDERACIONES FINALES

Estoy convencida de que los profesores Tushnet, Chen y Blocher son conscientes de las carencias anteriormente señaladas, de las anomalías que persisten al concebir el arte exclusivamente como una modalidad discursiva. Obviamente, ello implica ya un tratamiento jurídico determinado (traducido al lenguaje del gremio ello supone hablar de un ámbito de protección y contenido concretos, de la titula-

4 Una discusión más amplia se encuentra en J. ORTEGA Y GASSET: *La deshumanización del arte y otros ensayos de estética*, Revista Occidente, Madrid, 1976, en especial pp. 24 y ss.

5 Pongamos por caso el surrealismo y el dadaísmo que, dejando de un lado su proyecto de politización del arte, desde sus presupuestos estrictamente estéticos, constituían un desafío frontal al realismo socialista.

ridad, y, más importante, los límites al ejercicio del derecho). Esto explica, en parte, las breves pero excelentes páginas que dedican en el último capítulo (*Going further: Additional Problems and Concluding Thoughts*) a la danza (artística, erótica y social), a los deportes, a las artes culinarias, a la pornografía ambigüamente no obscena, a los videojuegos y otras formas de expresión que comparten características con las analizadas a lo largo del texto; es decir, manifestaciones a través de las que difícilmente se produce la transmisión de un mensaje particular. ¿Pueden todas ellas encontrar amparo en la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana? Es evidente, quedan interrogantes por resolver.

En resumen, podríamos concluir que el libro de Tushnet, Chen y Blocher empuja al constitucionalista fuera de su zona de confort. Especialmente la aportación de los últimos nos invita a pensar que las insuficiencias de la teoría tradicional de la expresión libre en arte serían en buena medida minimizadas al considerar los aportes de otras disciplinas (la psicología, la musicología, la teoría del lenguaje o la filosofía en general). De esa manera, es posible, no sin dificultades, encontrar sustento para mantener el amparo constitucional del arte no representativo en el derecho a la libertad de expresión, en su configuración legal y doctrinal tradicional. Por el contrario, para el primero no se mantiene la pureza de esta teoría al tratar de incardinarla con el arte en cuestión.

Está abierto pues un debate apasionante que combina tradición y vanguardia: contemporaneidad en el objeto, en el arte; también en el tratamiento. Todo ello dentro del marco de uno de los temas clásicos de la teoría constitucional, la libertad de expresión. Dentro de aquél, la obra que ahora comento está llamada a ser un referente obligado.



## 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](mailto:balaguer@ugr.es) o [montilla@ugr.es](mailto: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.

# 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**



## **SELECCIONE 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.



